

1893

*Oct. 3.

1894

*Mar. 13.

HER MAJESTY THE QUEEN (RE- } APPELLANT;
SPONDENT)..... }

AND

S. X. CIMON et al (SUPPLIANTS).....(RESPONDENTS).

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S BENCH FOR
LOWER CANADA (APPEAL SIDE).

*Petition of Right—46 Vic. c. 27 (P.Q.)—Contract—Final certificate of
engineer—Extras—Practice as to plea in bar not set up.*

A contract entered into between Her Majesty the Queen in right of the province of Quebec and S. X. Cimon, for the construction of three of the departmental buildings at Quebec, contained the usual clauses that the balance of the contract price was not payable until a final certificate by the engineer in charge was delivered, showing the total amount of work done, and materials furnished, and the cost of extras and the reduction in the contract price upon any alterations. There was a clause providing for the final decision by the Commissioner of Public Works in matters in dispute upon the taking over or settling for the works. The Commissioner of Public Works, after hearing the parties, gave his decision that nothing was due to the contractors, and the engineer in charge, by his final certificate, declared that a balance of \$31.36 was due upon the contract price and \$42.84 on extras.

The suppliants by their petition of right claimed *inter alia* \$70,000 due on extras. The crown pleaded general denial and payment.

The Superior Court granted the suppliants \$74.20, the amount declared to be due under the final certificate of the engineer. On appeal the Court of Queen's Bench for Lower Canada (Appeal side) increased the amount to \$13,198.77, interest and costs.

Held, reversing the judgment of the court below, and restoring the judgment of the Superior Court, that the suppliants were bound by the final certificate given by the engineer under the terms of the contract.

Per Fournier and Taschereau JJ., dissenting, that as the final certificate had not been set up in the pleadings as a bar to the action,

*PRESENT :—Sir Henry Strong, C.J., and Fournier, Taschereau, Sedgewick and King JJ.

and there was an admission of record by the crown that the contractor was entitled to 20 per cent commission on extras ordered and received, the evidence fully justified the finding of the Court of Queen's Bench that the commission of 20 per cent was still due and unpaid on \$65,837.09 of said extra work.

1893
THE
QUEEN
v.
CIMON.

APPEAL AND CROSS APPEAL from a judgment rendered by the Court of Queen's Bench for Lower Canada, adjudging the respondents to be entitled to \$13,198.77 with interest from the 1st May, 1884.

The proceedings originated by a petition of right (46 Vic. c. 27, P.Q.), filed by the respondents, the heirs of the late Simon X. Cimon, claiming from the Government of the province of Quebec, the sum of \$76,170, and interest.

The respondents are the heirs and successors in title of the firm of Piton & Cimon, contractors for the departmental buildings, at Quebec.

The respondents claim payment by their petition of right: the balance of the contract price amounting to \$8,000 and \$1,000 for interest paid upon letters of credit given by the Government in lieu of cash, to which the contractors were, according to their contention, entitled under the contract.

\$40,000 amount paid to the workmen in additional wages at an increase of 20 cents per diem after a strike and a riot, upon the alleged express undertaking by the Government to repay such amount.

\$70,000 balance of price of extras and amount payable as compensation for the labour and responsibility of the contractors, being 20 per cent. profit upon the cost of such extras, which amounted to a sum exceeding \$150,000.

\$25,000 damages suffered by reason of the Government having signified a protest to the contractors annulling the contract.

The crown met this demand by a plea of payment and the general issue. There was also an incidental demand for \$50,000.

1893
THE
QUEEN
v.
CIMON.

Some witnesses were examined and an immense mass of accounts, reports and papers of all kinds were put into the record.

The defendant, towards the closing of the *enquête* filed a final report of Mr. Gauvreau the engineer in charge of the works about the main contract. An objection was taken to the filing of that document, and the objection was reserved.

The Superior Court adopting the final certificate given by the architect under the terms of the contract adjudged the suppliant to be entitled to the amount shown by such certificate as to balance of contract price, viz. : \$31.36 and the amount thereon by this certificate to be due for extras—\$42.84, making a total of \$74.20 for which judgment was given.

In the Court of Queen's Bench for Lower Canada (appeal side) the case was decided upon the claim for 20 per cent. commission upon the cost of the extras, and after discussion of accounts.

Stuart Q.C., for appellant and respondent on cross-appeal.

As a preliminary question we contend that the appeal to the Court of Queen's Bench was too late and that the judgment of the Superior Court had become final and conclusive by lapse of time. The final certificate of the engineer in charge is dated August, 1882, and establishes a balance in their favour of \$31.36, upon the contract price and a balance upon the extra work of \$42.84. This certificate was the basis of the judgment of the Superior Court and we are at a loss to understand why the Court of Queen's Bench disregarded it. That this certificate is conclusive upon the points in dispute appears to us to be an almost incontrovertible proposition. The petition of right does not in any way attack the engineer, nor impute to him incompetency, error or fraud ; it simply overlooks the

certificate, overlooking at the same time that the certificate was a condition precedent to the right of action, and that the parties were bound by its terms, unless it were set aside by the courts for a lawful reason.

1893
 THE
 QUEEN
 v.
 CIMON.

This point has been so often decided by this court that it is almost futile to again recite the authorities : *Peters v. The Quebec Harbour Commissioners* (1) ; *Jones v. The Queen* (2) ; *Goodyear v. The Mayor of Weymouth* (3) ; *Sharpe v. The San Paulo Railway Co.* (4) ; *O'Brien v. The Queen* (5) ; *Guilbault v. McGreevy* (6).

The contract further provided by the 8th clause that in the events of dispute upon the taking over or settling for the works, etc., the commissioner should alone decide all matters in dispute. The whole matter which forms the subject of the present cause having been referred to the commissioner he, on the 10th January, 1885, wrote to the late S. X. Cimon, communicating his decision and that of the Executive Council of the province, and refusing to entertain any of Mr. Cimon's claims.

We submit that we have in the final certificate, and in the decision of the Commissioner of Public Works, the answers contemplated by the contract to the suppliants' claim. This also applies to the cross appeal.

Now, as to the merits of the claim for the commission alleged not to have been paid. A reference to the accounts for labour, at pages 349 and following, will show the court that the contractors were charging not the real cost of the work, the actual wages paid and the true cost price of the material, but were supplying accounts in which they charged a large profit upon their outlay, amounting, according to the recorded

(1) 19 Can. S. C. R. 685.

(4) 8 Ch. App. 597.

(2) 7 Can. S. C. R. 570.

(5) 4 Can. S. C. R. 529.

(3) 35 L. J. (C. P.) 12.

(6) 18 Can. S. C. R. 609.

1893
 THE
 QUEEN
 v.
 CIMON.

opinion of the engineer to 100 or 200 per cent. Yet the court is now asked to give to the representatives of these same people 20 per cent additional upon the face value of these already exaggerated accounts.

Amyot Q. C. for respondent, and appellant on cross appeal :

The following admission by the crown at page 39 of the case, viz. : That the amount of the extra works given by Mr. Lesage in his evidence represents the costs of the same, and cost price (*valeur brute*) as accepted and reduced by Her Majesty, the defendant, viz.: \$74,015.65, conclusively proves that the extras were made for and accepted by the Government, and the only question which remains is : What was the remuneration or price to which the suppliants are entitled on these extras ? Upon this I rely also upon the admission of record, page 38. "The parties in this cause admit..... that the price agreed to between Her Majesty and the said Piton & Cimon for the execution of the extra works, not included in the contract, was to be twenty per cent over and above the value of those works, making, materials and cost, which twenty per cent the government had promised to pay them so as to indemnify them for their time, work and responsibility."

This, with the calculation made by the appeal court which has relied on Mr. Lesage's evidence and on the vouchers of the crown, should settle the point and put an end to the litigation, unless the defendant wants this Honourable Court of Appeal and Error to act as a jury, accountant and tribunal of first instance.

The only ground of defence is that the final report of the engineer in charge which was put in at the end of trial settles the case. I submit that the crown should have pleaded the same specially so as to allow the suppliants to controvert. How could we allege and prove

fraud or gross injustice when that was not referred to in the written pleadings? Moreover it is not a final report; even Mr. Lesage admits this in his evidence when he says:—

There is no final settlement between the contractors and the Government. The Department, it is true, has prepared a statement of what it pretended to be the accounts between the parties, but the contractors have never assented to it as the balance accruing to them, and the account is still there (*est encore là*).

The cases relied on by the appellant have no application to this part of the case as there is a special admission by the crown that a fixed sum was to be paid and the evidence clearly shows that the engineer did not include it in his report or even had anything to do with it.

As to the preliminary objection relied on by appellant in this appeal, it was not taken in the Court of Queen's Bench and it is too late now. *Sirez. Table Gen. Vo. appel. nos. 149-154.* On the cross appeal we contend that the contract specially provides that we are not bound by the certificate of the engineer but by the decision of the "commissioner alone", and therefore, I contend that the contract as admitted, must be held to have been completely executed, and there being no special plea in bar, the crown is not entitled to any reduction.

THE CHIEF JUSTICE: I am of opinion that this appeal should be allowed and judgment of Superior Court restored with costs to the crown.

FOURNIER J.—Cette cause a commencé par une pétition de droit adressée à la Cour Supérieure, à Québec, en vertu de la province de Québec, qui a étendu la juridiction de cette Cour à ces matières.

Le gouvernement de Québec avait fait un contrat en forme authentique avec Piton et Cimon, pour la con-

1893
THE
QUEEN
v.
CIMON.

1894
 THE
 QUEEN
 v.
 CIMON.
 Fournier J.

struction de trois des quatre bâtisses départementales, dans la cité de Québec. Le contrat contient des conditions pourvoyant au cas d'ouvrages extras. Le prix total était de \$325,000. Piton et Cimon exécutèrent leur contrat; pendant la construction des ouvrages, Piton transporta à Cimon ses intérêts dans le contrat.

Après l'exécution des travaux, en 1885, Cimon fit application pour une pétition de droit réclamant la balance qui lui était due. Il mourut avant d'avoir obtenu le fiat, et sa veuve comme légataire universelle, renouvela la demande d'une pétition de droit; elle mourut aussi, avant d'avoir obtenu la permission de procéder. Enfin ses héritiers présentèrent la pétition en cette cause qui fut allouée par le Lieut.-Gouverneur le 28 Janvier 1888.

Les qualités des parties sont admises.

La gouvernement plaida paiement et une défense au fonds en fait.

Les différents items de la demande sont au nombre de cinq, mais la Cour du Banc de la Reine, ayant rejeté tous les items, à l'exception du 4^{me}, le présent appel repose entièrement sur cet item; il est tout à fait inutile de s'occuper des autres. Il s'agit dans cet item de la commission de 20 p.c. réclamée sur les travaux extras.

La première chose à considérer est de savoir s'il y a preuve que des ouvrages extras ont été faits, et qu'une commission de 20 p. c. sur ces ouvrages devait être accordée au contracteur. M. Lesage, député ministre des Travaux Publics, dit que tous les ouvrages extras dont il parle dans son témoignage ont été régulièrement ordonnés par le commissaire des Travaux Publics, ou faits sous sa responsabilité. Il ajoute que dans tous les cas le Département admet que tous les ouvrages extras ont été régulièrement ordonnés, faits et acceptés. Après rectification d'une erreur qu'il avait

commise dans son premier témoignage, dans lequel il avait attribué au contracteur, comme extras, des ouvrages faits par d'autres contracteurs, en vertu de contrats spéciaux, après l'étude des faits par les officiers du Département, par M. Lesage, M. Berlinguet, architecte et expert, et comptable, il a été constaté d'une manière positive qu'il a été fait des ouvrages extras pour la somme de \$74,015.65. Ce fait est parfaitement prouvé, et la Cour du Banc de la Reine l'a admis comme la base de son jugement.

La preuve du montant de la commission est non moins positive et parfaite. A l'interrogatoire, 12me, article des articulations de faits :—

Is it not true that the defendant has promised to pay (20 p.c.) twenty per cent upon the cost and value of the said (extra) works to indemnify them as alleged in the action?

La Reine, par son procureur, duement autorisé, a répondu affirmativement. Il y a en outre, à la page 38, 1er Vol. du dossier, l'admission suivante :

Que le prix convenu entre Sa Majesté et les dits Piton et Cimon, pour la confection des ouvrages extras et autres, à part du contrat, par eux faits, était à part le coût des matériaux et de la main-d'œuvre de vingt par cent en sus de la valeur de ces ouvrages, main-d'œuvre, matériaux et leur coût, lesquels le gouvernement susdit avait promis leur payer pour les indemniser de leur temps, travail et responsabilité.

Cette admission forme une preuve complète du montant de la commission. Elle est signée non pas seulement par le procureur de record, mais par "Chs. Langelier dûment autorisé." La force probante de cette pièce n'aurait pu être anéantie que dans le cas où le procureur qui l'a signé, n'aurait pas été autorisé à le faire. Mais il y était évidemment autorisé puisque la pièce le comporte et qu'il n'a pas été désavoué. D'après le code de procédure, pour détruire la preuve faite par cette admission, il n'y avait d'autre moyen que celui du désaveu; comme la défense n'y a pas eu recours, la preuve faite par cette admission conserve toute sa force

1894
 THE
 QUEEN
 v.
 CIMON.
 Fournier J.

1894

THE
QUEEN
v.
CIMON.

Fournier J.

légale. Aussi la Cour du Banc de la Reine l'a-t-elle admise et prise comme base de la commission qu'elle a accordé (20 p.c.) vingt par cent sur les comptes d'ouvrages extras dans lesquels cette commission n'avait pas été chargée. Ce n'était plus alors qu'une affaire de calcul pour en arriver au montant qu'elle a fixé de \$13,198.77, intérêt du 1er mai, 1884, et le montant n'a été déterminé par l'hon. Juge Bossé qu'après une étude spéciale des nombreuses pièces du dossier qu'il a compulsées à cet effet. Je me suis aussi convaincu par l'examen des preuves, qu'il a fait une juste estimation du montant de la commission. Ce jugement, sur la contestation telle que liée entre les parties, étant correcte, le litige aurait dû être terminé par cette décision. Mais les procès ne sont pas faits pour durer si peu, et à mesure qu'ils se prolongent, les parties découvrent de nouveaux moyens pour les faire durer davantage. C'est ce qui a lieu dans le présent appel, où l'appelante invoque pour la première fois des moyens qu'elle n'a ni plaidé ni fait valoir en cour de première instance, non plus qu'en appel devant la Cour du Banc de la Reine. C'est devant cette cour seulement que l'appelante oppose à l'intimé une fin de non recevoir fondée sur ce que l'appelante n'a pas produit un certificat final de l'ingénieur en charge des travaux, constatant que les dits ouvrages sont bien et dûment exécutés et certifiés. Voilà la première objection soulevée par l'appelante. La seconde est que l'appel a été pris à la Cour du Banc de la Reine après le délai fixé pour l'appel.

L'appelante peut-elle être admise à faire valoir ces moyens pour la première fois devant une cour d'appel, pour ainsi dire de dernier ressort? En cour de première instance il n'a été nullement question de ce certificat qui aurait pu être préliminairement opposé comme fin de non recevoir à l'action. Au lieu d'exiger par une défense spéciale la production de ce certificat pour

prouver l'exécution des travaux, l'appelante a plaidé paiement de tous les item de la demande, accompagné, il est vrai, d'une défense au fond en fait dont les effets sont limités par l'admission que comporte le plaidoyer de paiement. A la preuve en cour Supérieure toute la contestation et les preuves se sont faites sur l'exécution des ouvrages. Ce n'est qu'à la fin de l'enquête que la défense a produit, malgré l'opposition du demandeur, un prétendu certificat final de M. P. Gauvreau, l'architecte en charge des travaux. C'était un fait spécial qui aurait dû être plaidé préliminairement, afin de fournir au demandeur l'occasion soit de l'attaquer, soit de l'admettre. Il a même fait motion pour le faire rejeter hors du dossier, et bien que cette motion n'ait pas été spécialement décidée, elle se trouve l'avoir été de fait, parce que les deux cours n'ont attaché aucune importance à ce certificat. Quelle valeur d'ailleurs pouvaient-elles donner à un prétendu certificat final, fait en 1882, pour des ouvrages livrés en 1884? Ce certificat est, de plus, contredit par l'admission de l'appelante contenue à la page 34, l. 33, savoir que :

Si aucun montant est dû aux pétitionnaires, ce n'est que depuis le premier mai 1884.

M. Lesage, dans son témoignage, ne prétend pas qu'il y a eu un certificat final. A la page 85, il dit :—

Il n'y a pas eu de règlement final entre les contracteurs et le gouvernement. Le département a bien préparé un état de ce qu'il prétendait être les comptes entre les parties, mais les contracteurs n'ont jamais voulu l'accepter comme la balance qui leur revenait et le compte est encore là.

Il est évident que c'est une admission qu'il n'y a pas eu de certificat final et que puisque les parties étaient en difficulté sur le règlement, ce n'était pas la clause du contrat au sujet du certificat qui devait s'appliquer, mais la clause 8me, qui dit :—

Que le commissaire aura seul le droit de décider au cas qu'il s'élève quelque difficulté entre les parties au sujet de la réception, ou du

1894
THE
QUEEN
v.
CIMON.

Fournier J.

1894

THE
QUEEN
v.
CIMON.

règlement des travaux ou sur l'interprétation à donner au présent marché, aux dits plans et devis ; et que les dits entrepreneurs se sont tenus de s'en rapporter à la décision du dit commissaire qui sera final et obligatoire pour toutes les parties.

Fournier J. Puisque les parties ne pouvaient s'entendre, le seul moyen d'en finir était d'en référer à la décision du commissaire ; mais il n'y a pas eu plus de décision du commissaire que de certificat final. Mais quoi qu'il en soit, ni l'un ni l'autre de ces faits n'ayant été plaidé, l'appelante ne peut maintenant les invoquer, et l'intimé a droit d'opposer avec succès le défaut de les avoir plaidés ou d'avoir amender ses plaidoyers.

L'appelante a cité dans son factum à peu près toutes les causes où il a été décidé que le certificat final de l'ingénieur était indispensable au contracteur, pour lui permettre de poursuivre le recouvrement de ce qui lui était dû ; mais aucune de ces décisions ne s'applique à la cause actuelle. En y référant, on voit que dans toutes ces causes l'absence d'un tel certificat a été mise en contestation dans le début de la procédure ; tandis que dans celle-ci, ce défaut de certificat n'a été nullement plaidé. Il est évident par toute la procédure que ce n'était pas l'intention de l'appelante de s'en prévaloir, puisque ce certificat n'a été produit qu'à la fin de l'enquête ; et d'ailleurs ce certificat ne couvre nullement la question de la commission de 20 p.c. qui a été omise et est restée pendante, attendant la décision du commissaire, pendant plus de deux ans. Mais il est inutile de s'occuper davantage de ce certificat et d'entrer dans le détail de toutes les erreurs et omissions qui s'y trouvent. Elles ont été exposées par l'intimé dans son factum ; il n'y a qu'une réponse péremptoire à faire, c'est qu'il n'a pas été plaidé, et que la cour ne doit pas s'en occuper.

La deuxième des objections soulevées seulement devant cette cour est celle que l'appel n'a pas été pris

dans le délai fixé par le statut. L'appelante dit dans son factum :—

The fact that the right of appeal had been lost by lapse of time does not seem to have been argued before the Court of Appeals.

Le jugement de la cour Supérieure a été rendu le 4 juin 1890, et l'appel a été pris le 23 avril 1891, par conséquent longtemps après le délai fixé.

Est-il encore temps d'opposer cette objection à l'appelante? N'aurait-elle pas dû être faite devant la cour du Banc de la Reine *in limine*? Toute la procédure a eu lieu sans qu'on y ait songé, et ce n'est que longtemps après le jugement final et devant cette cour que l'on a songé à en prendre avantage.

D'après les décisions de nos cours, les objections fondées sur des irrégularités de procédure, lorsqu'elles n'ont été ni alléguées ni invoquées au procès ne peuvent être en appel. *Bain v. The City of Montreal* (1), au même vol. p. 361, l'objection du défaut de mise en cause d'une des parties doit être prise *in limine*; la même question a été décidée dans la cause de *L'Union de St. Joseph v. Lapierre* (2), que le défaut d'avis de poursuite n'ayant pas été plaidé, ni opposé dans la cour inférieure, ne pouvait être invoqué en appel. Décidé aussi qu'un document produit au procès, mais invoqué pour la première fois devant la cour du Banc de la Reine ne peut faire partie du dossier en appel devant cette cour (3). Il est de principe dans le droit anglais, comme dans le droit français, que les irrégularités de procédures, dans le cours du procès, sont couvertes par l'acquiescement résultant des procédés subséquents à moins qu'il n'en ait été pris avantage avant de passer à d'autres procédés. Dans la cause de *Jones v. Van Patten* (4) citée dans la note sur *Graham and Waterman on New Trials* (5), le juge Perkins déclara que :—

(1) 8 Can. S. C. R. 252.

17 Can. S. C. R. 108.

(2) 4 Can. S. C. R. 164.

(4) 3 Ind. 107.

(3) See *Exchange Bank v. Gilman*, (5) 2 Vol. p. 662.

1894
THE
QUEEN
v.
CIMON.

Fournier J.

1894

THE
QUEEN
v.
CIMON.

Fournier J.

It is a well established rule that erroneous steps in the progress of a cause are waived, unless excepted to before additional steps are taken.

Dans le droit français les nullités de procédure doivent être opposées à une certaine époque de l'instance. L'intimé dans son factum a cité un grand nombre d'autorités sur cette question. Voir entre autres : Carré et Chauveau (1).

Table générale, Journal du Palais, Vo. Cassation, nos 350, 998-9, 1001-2-3-4-5-6-7-8-9, 1065-6, 1134.

Devilleneuve et Gilbert, Table de 1851-1860, Vo. Cassation, par. 40 :—

Un moyen qui n'a pas été proposé devant les juges au fond ne peut être proposé comme moyen de cassation.

Cass. 2 juillet 1850 (Bouilland) S.V. 51, 1, 54. P. 50, 2-649.

Id. Cass. 16 nov. 1853 (Couderc.) S.V. 54, 1, 771. P. 55, 2-260.

Id. Cass. 30 juillet 1856 (Rigal) S.V. 57, 1, 193. P. 58, 93.

Id. Cass. 1er juillet 1857 (Delsaux) S.V. 58, 1, 206. P. 58, 951.

Id. Cass. 29 juin 1859 (Daulchez) S.V. 59, 1, 851. T. G.N. 252.

Do. 49 :—

L'exception de la chose jugée ne peut non plus être posée pour la première fois devant la cour de Cassation.

Do. 53 :—

Ainsi on ne peut proposer pour la première fois devant la Cour de Cassation le moyen tiré de la déchéance d'un appel après l'expiration du délai légal.

La cour avait juridiction. C'est la loi en force lorsque la procédure a commencé qui règle le droit d'appel et non celle en force lorsque le jugement a été prononcé.

La Cie. du Chemin de Fer de l'Atlantique au Nord-Ouest v. Pominville (2) ; *Hurtubise v. Desmarteau* (3).

(1) 5 ed. 2 Vol. Q. 739, bis. art. 173.

(2) 34 L. C. Jur. 241.

(3) 19 Can. S. C. R. 562.

Le même principe a été adopté quant à la juridiction de la cour Suprême, voir *Taylor v. La Reine* (1).

Le délai pour opposer la déchéance du droit d'appel est fixé par le Code de Procédure, art. 1128 (maintenant 1130).

La réponse générale aux griefs d'appel ne constitue pas un plaidoyer de déchéance. Code Procédure Art. 140. Treizième règle de pratique de la cour d'Appel. Règle de pratique de la cour d'Appel du 21 juin 1879. 1ère règle:—

The case in appeal shall contain a summary statement of the pleadings and of the questions of fact and of law on which the party filing it relies.

Le procureur *ad litem* est le *Dominus litis*. Ses procédés judiciaires ne peuvent être attaqués que par la voie solennelle d'un désaveu formel par la partie intéressée, entraînant une grande responsabilité.

On a vu par les autorités citées plus haut, que la déchéance d'appel est couverte par la défense au fond. Dans cette cause l'appelante n'en a nullement pris avantage; elle a conduit sa contestation absolument comme si l'appel avait été pris dans les délais ordinaires. Cependant, elle va même jusqu'à prétendre que les juges doivent prononcer cette déchéance d'office, lors même qu'elle n'est pas opposée. Mais l'autorité de Carré repousse cette doctrine; c'est, dit-il, dans l'intérêt de celui qui a gagné son procès que cette déchéance est prononcée, c'est un fin de non-recevoir qu'il peut opposer comme la prescription; ne l'ayant pas invoquée et la cour ayant juridiction dans la matière du procès elle a pu valablement procéder à jugement. Il est certainement trop tard sur un deuxième appel pour en prendre avantage, et l'on doit ici faire application du principe suivi par la cour de Cassation qui

1894

THE
QUEEN
v.
CIMON.

Fourrier J.
—

(1) 1 Can. S. C. R. 65.

1894
 THE
 QUEEN
 v.
 CIMON.
 —
 Fournier J.

ne permet pas d'invoquer, pour la première fois, la déchéance d'appel devant cette cour. C'est en vain que l'appelante invoque la chose jugée pour maintenir sa prétention de déchéance, car on a vu par les arrêts de 1827 et 1834, cités plus haut, que la jurisprudence tend à ne pas donner à l'exception de la chose jugée le caractère d'une exception d'ordre public.

Pour les raisons ci-dessus données, les deux principales objections de l'appelante fondées sur le défaut de certificat, et la déchéance de l'appel, doivent être renvoyées, et le jugement de la cour du Banc de la Reine confirmé avec dépens.

Le contre-appel de l'intimé doit aussi être renvoyé.

TASCHÉREAU J.—If this case was to be concluded by the rule that on a contract of this nature and under the conditions to be found therein, no action lies without the final certificate of the engineer, or other officer named, except in cases of fraud or sometimes error, the appellant would have not much to fight against. The cases to that effect in this court itself are numerous. In England, a recent case of *De Morgan and Rio de Janeiro Flour Mills, in re* (1), supports that view which when applicable cannot, I take it, be controverted. But does the rule apply here, or can it be given effect to? I think it does not apply, for the simple reason that the only amount granted to the respondents by the judgment appealed from is for the balance due them, not on the contract, nor any part thereof, but on a subsequent promise made by the Government to them to pay them 20 p. c. over the extras. That promise is admitted in aspecial admission of fact, page 38, and by the answer to the respondent's articulation of facts, page 501, "Is it not true that the Government has promised to pay to the contractors 20 p. c. over the cost and value of the

(1) 8 Times L. R. 292.

said works (extras) to indemnify them as alleged in the action?" To which the defendant answers "Yes." See also evidence, Ex. 5, No. 279 of plaintiff's, that this promise was made on the 5th December, 1879. And the contention that this 20 p. c. is included in the engineer's certificate is in plain contradiction to the appellant's admission, page 39, that Lesage's, the crown's own officer's, estimates cover only the actual cost of these extras, without this 20 p. c. St. Michel, their own witness (page 142) also proves the same thing. Now, I do not see how the engineer could include in his certificate anything of this 20 p. c., so as to bind any one. And I do not see that he did; in fact it is admitted that he did not.

Mr. Justice Bossé's careful review of the evidence on this point seems to me unanswerable. If he erred, it is against the respondents, not against the appellant.

I also agree with my brother Fournier that it would be most unjust to allow the appellants in this court to rely upon the want of a final certificate, even if it was necessary or if it covered this 20 p. c., when they have not pleaded it. Had they pleaded it the respondents might have attacked it for fraud or error, or have invoked waiver by the crown, or estoppel. The late case of *Connecticut Fire Insurance Co. v. Kavanagh* in the Privy Council (1), is an authority against the appellants' right to now avail themselves of a point of this nature which they have not put in issue on the record. In this case by the admissions on record it is conceded that this 20 per cent ought to have been allowed by the engineer.

The other cases I may refer to on this point are *Gray v. Richford* (2); *L'Union St. Joseph v. Lapierre* (3); *Fuller v. Ames* (4); *Bain v. The City of Montreal* (5);

(1) [1892] A. C. 473.

(3) 4 Can. S. C. R. 164.

(2) 2 Can. S. C. R. 431.

(4) Cassels's Dig. 2 ed. 140.

(5) 8 Can. S. C. R. 252.

1894 *Oakes v. The City of Halifax* (1); *Russell v. Lefrançois*
 THE (2), and cases there cited; *Lash v. Meriden Britannia Co.*
 QUEEN (3); *The Tasmania* (4); *Bank of Bengal v. Macleod*
 v. (5); *Scott v. The Phoenix Assurance Co.* (6); *Redfield v.*
 CIMON. *Wickham* (7); *Cooper v. Cooper* (8); *Luke v. Magistrates*
 Taschereau *of Edinburgh* (9); *Heyneman v. Smith* (10); *Kay v.*
 J. *Marshall* (11); *Livingstone v. Rawyards Coal Co.* (12);
Lyall v. Jardine (13); *Martin v. Mackonochie* (14);
Head v. Sanders (15); *The Council of the Borough of*
Randwick v. The Australian &c. Coporation (16).

The judgment for interest from 1st May, 1884, is correct. There is an admission that any sum due was due from that date. This admission also renders the appellants' contention as to prescription unfounded. These admissions are by the Attorney-General for the crown, and bind the crown. I am surprised to see the contrary urged on behalf of the crown without a formal disavowal according to the Code of Procedure.

As to the cross-appeal, the majority of the court being of opinion that the crown's appeal should be allowed the cross-appeal must stand dismissed.

SEDGEWICK and KING JJ. concurred with THE CHIEF JUSTICE.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for appellant: *Caron, Pentland & Stuart.*

Solicitor for respondent: *G. Amyot.*

(1) 4 Can. S. C. R. 640.

(2) 8 Can. S. C. R. 335.

(3) 8 Ont. App. R. 680.

(4) 15 App. Cas. 223.

(5) 7 Moo. P. C. 35.

(6) Stuart's L.C.R. 354.

(7) 13 App. Cas. 467.

(8) 13 App. Cas. 88.

(9) 6 W. & S. Sc. 241.

(10) 21 L. C. Jur. 298.

(11) 8 Cl. & F. 245.

(12) 5 App. Cas. 25.

(13) L. R. 3 P. C. 318.

(14) 7 P. D. 94.

(15) 4 Moo. P. C. 186.

(16) [1893] A. C. 322. See also 1
Vol. Pigeau p. 501 et seq.