

**Canadian Comstock Company Limited***Appellant;*

and

**The Toronto Transit Commission, The Municipality of Metropolitan Toronto and the Trustee of the Estate of Anglin-Norcross Ontario Limited,**  
a Bankrupt *Respondents.*

1969: June 12, 13; 1969: October 21.

Present: Martland, Judson, Ritchie, Hall and Pigeon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL  
FOR ONTARIO

*Mechanics' liens—Contract abandoned—Claims for liens filed by subcontractors—Statutory holdback—Additional fund representing value of work certified as complete but not yet paid for—Right of set-off asserted by owner—Priority as to claims against additional fund—The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1960, c. 233.*

The general contractor for the construction of certain subway stations in Toronto made an assignment in bankruptcy and abandoned the contract. The appellants were subcontractors on the project and after the bankruptcy of the contractor, they filed claims for liens. No notices of lien or claims for lien were received by the Municipality of Metropolitan Toronto or the Toronto Transit Commission before the bankruptcy.

On the date of the bankruptcy, the Commission had on hand (a) the full statutory holdback, and (b) certain additional sums which represented the value of the work certified as complete but not yet paid for. No question arose on the statutory holdback. It was completely available for the lienholders but it was not enough to pay them in full. They claimed also against the additional sums in the hands of the Commission.

The Commission asserted a right of set-off against the amount owing to the defaulting contractor over and above the statutory holdback. This right of set-off was for the admitted extra costs incurred in completing the work over and above the contract price.

**Canadian Comstock Company Limited***Appelante;*

et

**The Toronto Transit Commission, The Municipality of Metropolitan Toronto et le Syndic de la Faillite de Anglin-Norcross Ontario Limited,**  
Faillie *Intimés.*

1969: les 12 et 13 juin; 1969: le 21 octobre.

Présents: Les Juges Martland, Judson, Ritchie, Hall et Pigeon.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL D'ONTARIO

*Privilèges de constructeur—Travaux abandonnés—Réclamations de privilège enregistrées par sous-traitants—Retenue statutaire—Autres sommes représentant la valeur de travaux dont l'exécution était attestée mais le paiement n'avait pas encore été effectué—Propriétaire prétendant avoir droit à la compensation—Qui a droit à la priorité sur la somme excédant la retenue statutaire—The Mechanics' Lien Act, S.R.O. 1960, c. 233.*

L'entrepreneur général pour la construction de certaines stations du métro de Toronto a fait cession de ses biens, en faillite, et a abandonné les travaux. Les appelants étaient des sous-traitants et après la faillite de l'entrepreneur, ils ont enregistré des réclamations de privilège. Ni la municipalité de Metropolitan Toronto ni la Toronto Transit Commission n'ont reçu d'avis de privilège, ou de réclamations de privilèges, avant la faillite.

Lors de la faillite, la Commission avait en main (a) le plein montant de la retenue statutaire, et (b) d'autres sommes, représentant la valeur de travaux dont l'exécution était attestée mais le paiement n'avait pas encore été effectué. Il n'y a pas de problème quant à la retenue statutaire. Les détenteurs de privilèges peuvent la toucher au complet, mais elle ne suffit pas à satisfaire toutes leurs réclamations. Ils réclament donc les sommes additionnelles que détient la Commission.

Celle-ci prétend avoir droit à la compensation de ce qu'elle doit à l'entrepreneur en défaut en plus de la retenue statutaire. La compensation est ainsi réclamée pour le montant reconnu des frais supérieurs au prix du contrat que la Commission a encourus en parachevant les travaux.

The Master held in favour of the lien claimants. His decision was reversed by the Court of Appeal, from whose judgment the lienholders appealed to this Court.

*Held:* The appeals should be dismissed.

The owner had made no payment after notice of the lien. It was holding an additional sum and it made its claim for non-completion confined to this additional sum. It was still entitled to the protection of s. 11(6) of *The Mechanics' Lien Act*, which provides that all payments—up to 85 per cent in this particular case—made in good faith by the owner to a contractor before notice in writing of the lien is given, operate as a discharge *pro tanto* of the lien. The owner could not be compelled to bring the additional sum into account to make it available in addition to the holdback to the sub-contract lienholder.

*S. I. Guttman Ltd. v. James D. Mokry et al.*, [1969] 1 O.R. 7, approved; *Vaillancourt Lumber Co. Ltd. v. Trustees of Separate School Section No. 2, Township of Balfour et al.*, [1964] 1 O.R. 418, distinguished.

Three APPEALS from judgments of the Court of Appeal for Ontario, allowing appeals from a report of G. C. Saunders, Master, in mechanics' lien proceedings. Appeals dismissed.

*Claude Thomson and R. G. Dow*, for the appellant.

*M. E. Sullivan, Q.C.*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

JUDSON J.—These are three appeals in mechanics' lien proceedings arising out of the bankruptcy of Anglin-Norcross Ontario Limited. This company was the general contractor for the construction of certain subway stations on the Bloor-Danforth subway line in Toronto. It made an assignment in bankruptcy on September 22, 1967, and abandoned the contract. The appellants are subcontractors from Anglin-Norcross and after the bankruptcy of this company, they filed claims for liens. No notices of lien or claims for lien were received by the Municipality of Metropolitan Toronto or the Toronto Transit Commission before the bankruptcy.

Le protonotaire a adjugé en faveur des détenteurs de privilèges. La Cour d'appel a infirmé sa décision. Les détenteurs des privilèges en appelèrent à cette Cour.

*Arrêt:* Les appels doivent être rejetés.

Le propriétaire n'a fait aucun paiement après la notification du privilège. Il avait retenu une somme additionnelle et sa réclamation pour non-exécution du contrat n'est reliée qu'à cette somme. Il a encore droit au bénéfice de l'art. 11(6) de la Loi *The Mechanics' Lien Act*, qui dispose que tous les paiements, jusqu'à concurrence de 85 pour-cent dans ce cas-ci, faits de bonne foi par le propriétaire à l'entrepreneur avant qu'une notification écrite du privilège ait été donnée, diminuent d'autant le privilège. Le propriétaire ne peut pas être astreint à rendre cette somme disponible, en plus de la retenue, pour le sous-traitant détenteur de privilège.

Arrêt approuvé: *S. I. Guttman Ltd. v. James D. Mokry et al.*, [1969] 1 O.R. 7; distinction faite avec l'arrêt: *Vaillancourt Lumber Co. Ltd. c. Trustees of Separate School Section No. 2, Township of Balfour et al.*, [1964] 1 O.R. 418.

Trois APPELS de jugements de la Cour d'appel d'Ontario, infirmant des appels d'un rapport du protonotaire G. C. Saunders, en matière de privilèges de constructeur. Appels rejetés.

*Claude Thomson et R. G. Dow*, pour l'appelante.

*M. E. Sullivan, c.r.*, pour les intimées.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE JUDSON—Ces trois pourvois se rapportent à des privilèges de constructeur, réclamés par suite de la faillite de Anglin-Norcross Ontario Limited. Cette société agissait comme entrepreneur général pour la construction de certaines stations du métro de Toronto, sur la ligne Bloor-Danforth. Le 22 septembre 1967, elle a fait cession de ses biens, en faillite, et elle a abandonné les travaux. Les appelants sont des sous-traitants d'Anglin-Norcross et après sa faillite, ils ont enregistré des réclamations de privilège. Ni la Municipality of Metropolitan Toronto ni la Toronto Transit Commission n'ont reçu d'avis de privilège, ou de réclamation de privilège, avant la faillite.

On the date of the bankruptcy, the Toronto Transit Commission had on hand

- (a) the full statutory holdback under *The Mechanics' Lien Act*, and
- (b) certain additional sums which represented the value of the work certified as complete but not yet paid for.

No question arises on the statutory holdback. It is completely available for the lienholders but it is not enough to pay them in full. They are claiming also against the additional sums in the hands of the Commission.

The Commission is asserting a right of set-off against the amount owing to the defaulting contractor over and above the statutory holdback. This right of set-off is for the admitted extra costs incurred in completing the work over and above the contract price.

The Master held in favour of the lien claimants. His decision was reversed in the Court of Appeal, whose formal judgment was that the Commission had a right of set-off against the amount owing to the defaulting contractor over and above the statutory holdback for the admitted extra costs incurred in completing. The matter was remitted to the Master to resettle his report in the light of this determination. From this judgment the lienholders appeal to this Court.

The matter was argued before the Master, the Court of Appeal and this Court on an agreed statement of facts. The statement was supplemented in this Court by agreement of counsel on the meaning of two expressions used in the agreed statement of facts. No purpose can be served by setting out the agreement and the two further admissions. The facts are plain. The question is simply this: Who has priority in claiming against this additional fund?

I agree with the majority judgment delivered in the Court of Appeal both in its analysis of *The Mechanics' Lien Act* and the prior litigation on this question. The Court of Appeal, in reaching

Lors de la faillite, la Toronto Transit Commission avait en main:

- (a) le plein montant de la retenue statutaire en vertu de *The Mechanics' Lien Act*, et
- (b) d'autres sommes, représentant la valeur de travaux dont l'exécution était attestée mais le paiement n'avait pas encore été effectué.

Il n'y a pas de problème quant à la retenue statutaire. Les détenteurs de privilèges peuvent la toucher au complet, mais elle ne suffit pas à satisfaire toutes leurs réclamations. Ils réclament donc les sommes additionnelles que détient la Commission.

Celle-ci prétend avoir droit à la compensation de ce qu'elle doit à l'entrepreneur en défaut en plus de la retenue statutaire. La compensation est ainsi réclamée pour le montant reconnu des frais supérieurs au prix du contrat que la Commission a encourus en parachevant les travaux.

Le protonotaire a adjugé en faveur des détenteurs de privilèges. La Cour d'appel a infirmé sa décision, en disant dans son jugement que la Commission avait droit à la compensation des sommes dues à l'entrepreneur défaillant, au-delà de la retenue statutaire, jusqu'à concurrence du montant reconnu des frais additionnels qu'elle avait dû subir pour parachever les travaux. L'affaire a donc été renvoyée au protonotaire pour que celui-ci revise son rapport conformément à cette décision. Les détenteurs des privilèges en appellent à cette Cour de l'arrêt de la Cour d'appel.

L'affaire a été entendue devant le protonotaire, la Cour d'appel et cette Cour, sur un exposé des faits accepté par toutes les parties. Devant cette Cour, les avocats ont ajouté à cet exposé une entente sur le sens de deux expressions. Il ne servirait à rien de relater l'exposé de faits et les deux définitions. Les faits sont clairs. La seule question est la suivante: Qui a droit à la priorité sur la somme excédant la retenue statutaire?

Je suis d'accord avec le jugement de la majorité en Cour d'appel, tant sur l'interprétation de *The Mechanics' Lien Act* que sur l'analyse de la jurisprudence. En rendant l'arrêt du 11 décembre

its decision on December 11, 1968, followed its own decision of October 15, 1968, in *S. I. Guttman Ltd. v. James D. Mokry Ltd. et al.*<sup>1</sup>, where precisely the same point of law was in issue.

The lien is created by s. 5(1) of the Act in favour of any person who performs any work or service or supplies materials, "limited, however, in amount to the sum justly due to the person entitled to the lien and to the sum justly owing, except as herein provided, by the owner."

Sections 9 and 10, which are subject to the saving clause "save as herein otherwise provided", contain the same limitation of liability. They read:

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

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

Section 11(1) and (2) provides for the holdback. In this case it is 15 per cent. This is available for the lien claims in full.

Section 11(6) provides that all payments—up to 85 per cent in this particular case—made in good faith by the owner to a contractor before notice in writing of the lien is given, operate as a discharge *pro tanto* of the lien.

Section 11(7) deals with the application of the holdback after the expiration of the holdback period.

Section 11(9) prevents an owner from applying the holdback against damages for non-completion. It must be applied in satisfaction of the liens.

So far there is nothing in the Act to support the claim of the lienholders against this additional fund.

1968, la Cour d'appel a suivi son propre arrêt du 15 octobre 1968 dans l'affaire *S. I. Guttman Ltd. v. James D. Mokry Ltd. et al.*<sup>1</sup>, où la question de droit était exactement la même.

L'article 5(1) de *The Mechanics' Lien Act* accorde à quiconque fournit un travail, des services ou des matériaux un privilège limité cependant à la somme à laquelle le créancier privilégié a droit en justice et à celle que le propriétaire doit en justice payer, sauf dans la mesure où il est autrement prescrit.

Les articles 9 et 10, qui sont subordonnés à cette restriction, la réitèrent. Ils se lisent comme suit:

[TRADUCTION] 9. Sauf disposition contraire aux présentes, le privilège n'a pas l'effet d'obliger le propriétaire à payer une somme supérieure à celle qu'il doit à l'entrepreneur.

10. Sauf disposition contraire aux présentes, quand une personne autre que l'entrepreneur réclame un privilège, sa réclamation se limite à la somme due à l'entrepreneur, sous-traitant ou autre personne pour qui le travail a été fait, les services ont été rendus ou les matériaux ont été fournis ou posés.

L'art. 11(1) et (2) traite de la retenue. Dans ce cas-ci, elle est de 15 pour cent. Cette somme est disponible en totalité pour les privilèges.

L'art. 11(6) dispose que tous les paiements, jusqu'à concurrence de 85 pour cent dans ce cas-ci, faits de bonne foi par le propriétaire à l'entrepreneur avant qu'une notification écrite du privilège ait été donnée, diminuent d'autant le privilège.

L'art. 11(7) traite de l'affectation de la retenue après l'expiration de la période de retenue.

L'art. 11(9) interdit au propriétaire d'affecter la retenue au paiement de dommages-intérêts pour défaut d'exécution du contrat, il faut l'affecter au paiement des privilèges.

Jusqu'ici, il n'y a rien dans la loi qui justifie la réclamation des détenteurs des privilèges contre la somme excédant la retenue.

<sup>1</sup> [1969] 1 O.R. 7, 1 D.L.R. (3d) 253.

<sup>1</sup> [1969] 1 O.R. 7, 1 D.L.R. (3d) 253.

The lienholders seek to support their claim under s. 12(2) of the Act, which reads:

12. (2) Every subcontractor is entitled to enforce his lien notwithstanding the non-completion or abandonment of the contract by any contractor or subcontractor under whom he claims.

It is urged that this rules out any claim by the owner for damages for non-completion or abandonment of the contract against the subcontractor or any priority to the subcontractor's claims for lien.

This section goes back to 1923. Its effect was under consideration in *Freedman v. Guaranty Trust Co. of Canada*<sup>2</sup>. This was a case where the contractor abandoned the contract and absconded. Had it not been for the enactment of what now is s. 12(2) above quoted, the subcontractor would have had no claim. The effect of the amendment is stated by Masten J.A. (at p. 203) in these words:

In other words, he is by this clause of the statute placed in the same position with regard to enforcement of his lien as though the work as it stood at the date of abandonment was *pro tanto* a legal fulfilment of the contract and as if the principal contractor was entitled to recover against the owner on a *quantum meruit* for the value of the work so far as completed.

The subcontractor, therefore, had his rights under the Act whatever they were. The owner was allowed to claim against the amount owing to the contractor the cost of completion of the building and damages for delay.

It is pointed out by Schroeder J.A. in the *Guttman* case that the authority of this decision has never been questioned, nor was it questioned in a recent decision of the Court of Appeal in *Vaillancourt Lumber Co. Ltd. v. Trustees of Separate School Section No. 2, Township of Balfour et al.*<sup>3</sup> The *Vaillancourt* case was correctly distinguished in the reasons of the Court of Appeal. In the *Vaillancourt* case the owner had received notice in writing of a lien claim by a

Les détenteurs de privilèges prétendent fonder leur réclamation sur l'art. 12(2) de la loi, qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] 12. (2) Tout sous-traitant a droit d'exercer son privilège nonobstant la non exécution ou l'abandon du contrat par n'importe quel entrepreneur ou sous-traitant à l'encontre duquel il réclame.

On a soutenu que cela écarte toute réclamation du propriétaire en dommages-intérêts pour non exécution, ou abandon du contrat, à l'encontre du sous-traitant, ou toute priorité sur le privilège du sous-traitant.

Cet article remonte à 1923. Ses effets ont été examinés dans *Freedman v. Guaranty Trust Co. of Canada*<sup>2</sup>. Il s'agissait là d'une affaire où l'entrepreneur avait abandonné le contrat et s'était enfui. Sans la promulgation de ce qui constitue maintenant l'article 12(2), précité, le sous-traitant n'aurait eu aucun recours. L'effet de la modification est exposé par le Juge d'appel Masten (à la page 203) comme suit:

[TRADUCTION] En d'autres termes il est, par cette disposition de la loi, placé pour l'exercice de son privilège sur le même pied que si les travaux, au point où ils en étaient lors de l'abandon, constituaient *pro tanto* une exécution légale du contrat et si l'entrepreneur principal était en droit de se faire payer par le propriétaire, sur une base de *quantum meruit*, la valeur du travail exécuté.

Par conséquent, les droits du sous-traitant sont ceux que la loi lui attribuent quels qu'ils soient. On a déclaré le propriétaire autorisé à faire valoir, contre le montant dû à l'entrepreneur, le coût du parachèvement de l'immeuble et des dommages pour le retard.

Le Juge d'appel Schroeder signale, dans l'affaire *Guttman*, que l'autorité de ce précédent n'a jamais été remise en question, même pas dans la décision récente de la Cour d'appel dans *Vaillancourt Lumber Co. Ltd. v. Trustees of Separate School Section No. 2, Township of Balfour et al.*<sup>3</sup> Dans les motifs de la Cour d'appel, on a signalé comment l'affaire *Vaillancourt* diffère de celle-ci. Le propriétaire avait reçu une dénonciation écrite du privilège d'un sous-traitant. Après avoir reçu

<sup>2</sup> 64 O.L.R. 200, [1929] 4 D.L.R. 32.

<sup>3</sup> [1964] 1 O.R. 418, 42 D.L.R. (2d) 610.

<sup>2</sup> 64 O.L.R. 200, [1929] 4 D.L.R. 32.

<sup>3</sup> [1964] 1 O.R. 418, 42 D.L.R. (2d) 610.

subcontractor. After receiving this notice, it made a further payment to the contractor. This lost it the protection given by s. 11(6) of the Act:

11. (6) All payments up to 80 per cent as fixed by subsection 1 or up to 85 per cent as fixed by subsection 2 and payments permitted as a result of the operation of subsections 3 and 4 made in good faith by an owner to a contractor, or by a contractor to a subcontractor, or by one subcontractor to another subcontractor, before notice in writing of the lien given by the person claiming the lien to the owner, contractor or subcontractor, as the case may be, operate as a discharge *pro tanto* of the lien.

Therefore, there should have been available for the lien claimant not only the holdback but the additional sum paid after notice of the lien.

There is nothing like this in the present case. This owner made no payment after notice of the lien. It was holding an additional sum and it made its claim for non-completion confined to this additional sum. It is still entitled to the protection of s. 11(6) and cannot be compelled to bring this sum into account to make it available in addition to the holdback to the subcontract lienholder. I am content to adopt the majority reasons delivered by the Court of Appeal in the *Guttman* case.

I would dismiss these appeals with costs.

*Appeals dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.*

*Solicitors for the respondents, The Municipality of Metropolitan Toronto and The Toronto Transit Commission: Bassel, Sullivan, Holland & Lawson, Toronto.*

*Solicitors for the respondent, the Trustee of the Estate of Anglin-Norcross Ontario Limited, a Bankrupt: Harries, Houser, Brown, Houlden & McCallum, Toronto.*

cette dénonciation, il a fait un autre paiement à l'entrepreneur. Cela lui fit perdre la protection accordée par l'article 11(6) de la loi:

[TRADUCTION] 11. (6) Tous les paiements, jusqu'à concurrence de 80 pour cent, tel que déterminé par le paragraphe 1, ou de 85 pour cent, tel que déterminé par le paragraphe 2, et tous les paiements autorisés par l'application des paragraphes 3 et 4, faits de bonne foi par un propriétaire à un entrepreneur, par un entrepreneur à un sous-traitant ou par un sous-traitant à un autre sous-traitant avant la notification par écrit du privilège, de la part de la personne le réclamant, au propriétaire, entrepreneur, ou sous-traitant, selon le cas, ont pour effet de réduire pour autant le privilège.

Par conséquent, non seulement la retenue mais aussi la somme additionnelle payée après la notification du privilège auraient dû rester à la disposition de celui qui le réclamait.

Il n'y a rien de semblable dans le cas présent. Le propriétaire n'a fait aucun paiement après la notification du privilège. Il avait retenu une somme additionnelle et sa réclamation pour non exécution du contrat n'est reliée qu'à cette somme. Il a encore droit au bénéfice de l'article 11(6) et il ne peut être astreint à rendre cette somme disponible, en plus de la retenue, pour le sous-traitant détenteur de privilège. J'adopte les motifs de la majorité en Cour d'appel dans l'affaire *Guttman*.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Appels rejetés avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.*

*Procureurs des intimés, The Municipality of Metropolitan Toronto et The Toronto Transit Commission: Bassel, Sullivan, Holland & Lawson, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé, le Syndic de la faillite de Anglin-Norcross Ontario Limited, Faillie: Harries, Houser, Brown, Houlden & McCallum, Toronto.*