

John W. Miller and James Miller *Appellants*;
and

Ameri-Cana Motel Limited *Respondent*.

File No.: 16527.

1982: June 2 and 3; 1983: February 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Real property — Options — Abutting lands — Sub-
division control — Tender made pursuant to option
rejected — Specific performance sought — Whether or
not grantor of option retained fee in abutting lands also
subject to option making compliance with option agree-
ment contrary to The Planning Act — The Planning
Act, R.S.O. 1970, c. 349, s. 29.*

Appellants gave respondent, by the same contract, a five-year lease on a parcel of land with an option to purchase at any time during the course of the lease or the five-year renewal term and a second option on abutting lands, exercisable on notice of intention to sell or during the last thirty days of the option's twelve-year term in the absence of such notice. The subject lands were in an area of subdivision control. The agreement, however, was not made subject to the express condition that it be effective only if the provisions of s. 26 (now s. 29) of *The Planning Act* were complied with. Respondent successfully sought specific performance when its tender in each case was rejected. The issue here was whether or not the grantor of an option retained the fee in abutting lands also subject to an option pending the exercise of the option. If the grantor did retain the fee, appellants would be relieved of their obligations because they could not be performed without violating s. 29 of *The Planning Act*.

Held: The appeal should be dismissed.

Neither the agreement of March 1965 with its option nor the exercise of the option violated s. 29 of *The Planning Act*. The word "fee", considered in the context of s. 26 (now s. 29) of *The Planning Act*, does not have its technical common law meaning of an estate in land unrestricted in time and capable of descending to the heir. Rather, "fee" must be equated with the kind of

John W. Miller et James Miller *Appelants*;
et

Ameri-Cana Motel Limited *Intimée*.

N° du greffe: 16527.

1982: 2 et 3 juin; 1983: 8 février.

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

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

*Immeubles — Options — Biens-fonds attenants —
Lotissement restreint — Refus du paiement offert con-
formément à l'option — Demande d'exécution forcée de
l'option — La personne qui a accordé l'option a-t-elle
retenu la propriété (fee) des biens-fonds attenants fai-
sant également l'objet d'une option rendant l'exécution
du contrat constitutif d'option contraire à The Planning
Act? — The Planning Act, R.S.O. 1970, chap. 349, art.
29.*

Les appelants ont consenti à l'intimée un bail immobili-
lier de cinq ans assorti d'une option d'acheter à n'im-
porte quel moment pendant sa durée ou pendant la
durée de cinq ans du bail reconduit et, dans le même
contrat, ils lui ont accordé sur des terres attenantes une
seconde option susceptible d'être levée sur avis de l'in-
tention de vendre ou, à défaut d'avis, au cours des 30
derniers jours de la durée de 12 ans de l'option. Les
biens-fonds en cause se trouvent dans une zone de
lotissement restreint. Le contrat ne comporte toutefois
pas de condition expresse selon laquelle il serait exécu-
toire seulement si les dispositions de l'art. 26 (l'actuel
art. 29) de *The Planning Act* étaient respectées. Son
offre de paiement ayant été rejetée dans chaque cas,
l'intimée a demandé, avec succès, l'exécution forcée de
l'option. La question en l'espèce est de savoir si la
personne qui accorde une option retient, tant que celle-ci
n'aura pas été levée, la propriété (*fee*) des biens-fonds
attenants faisant aussi l'objet d'une option. Dans l'affir-
mative, les appelants seraient dégagés de leurs obliga-
tions parce qu'elles ne pourraient être exécutées sans
infraction à l'art. 29 de *The Planning Act*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Ni le contrat de mars 1965 assorti d'une option ni la
levée de cette option ne constituent une violation de
l'art. 29 de *The Planning Act*. Pris dans le contexte de
l'art. 26 (l'actuel art. 29) de *The Planning Act*, le mot
«propriété» (*fee*) n'a pas le sens strict que lui donne la
common law, savoir un droit sur un bien-fonds de durée
illimitée et transmissible à un héritier. Au contraire, ce

interest in land which carries with it disposing power. The grantor of an option retains no control over the alienation of the optioned lands and is bound by agreement—one which is specifically enforceable—to dispose of those lands only to the optionee during the course of the option.

The transactions here were not artificially devised to circumvent *The Planning Act*.

Re Redmond and Rothschild, [1971] 1 O.R. 436, applied; *Yield Investments Ltd. v. Newton* (1976), 11 O.R. (2d) 554; *Re Forfar and Township of East Gwillimbury*, [1971] 3 O.R. 337, affirmed [1972] S.C.R. v, considered; *Reference Re Certain Titles to Land in Ontario*, [1973] 2 O.R. 613; *Re Carter and Congram*, [1970] 1 O.R. 800, referred to.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 120 D.L.R. (3d) 89, 31 O.R. (2d) 577, dismissing an appeal from a judgment of Carruthers J. granting respondent specific performance of its agreement. Appeal dismissed.

Claude R. Thomson, Q.C. and *Mark P. Frawley*, for the appellants.

E. R. Clifford, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—On March 10, 1965 the appellants agreed in writing to lease certain lands to the respondent for a five-year term commencing on June 1, 1965 with a right of renewal for a further five-year term and an option to purchase the lands at any time during the subsistence of the lease or renewal for the fixed price of \$30,000.

In the same agreement the appellants gave the respondent another option, this one to purchase all the abutting lands owned by the appellants for the fixed price of \$95,000. This option was exercisable by the respondent at any time during the period of twelve years from June 1, 1965 upon receipt of a notice from the appellants that they intended to sell. In other words, this option survived the option on the leased lands by two years but was contingent on the appellants giving the appropriate

mot désigne le type de droit réel immobilier qui emporte pouvoir de disposition. La personne qui accorde une option ne retient aucun pouvoir sur l'aliénation des biens-fonds visés par l'option et, pendant toute la durée de celle-ci, elle est tenue par contrat, contrat dont l'exécution forcée peut être exigée, de ne transmettre lesdits biens-fonds qu'au bénéficiaire de l'option.

Il ne s'agit pas en l'espèce d'opérations fictives conçues pour contourner *The Planning Act*.

Jurisprudence: arrêt appliqué: *Re Redmond and Rothschild*, [1971] 1 O.R. 436; arrêts examinés: *Yield Investments Ltd. v. Newton* (1976), 11 O.R. (2d) 554; *Re Forfar and Township of East Gwillimbury*, [1971] 3 O.R. 337, confirmé par [1972] R.C.S. v; arrêts mentionnés: *Reference Re Certain Titles to Land in Ontario*, [1973] 2 O.R. 613; *Re Carter and Congram*, [1970] 1 O.R. 800.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 120 D.L.R. (3d) 89, 31 O.R. (2d) 577, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Carruthers accordant à l'intimée l'exécution forcée de son contrat. Pourvoi rejeté.

Claude R. Thomson, c.r., et *Mark P. Frawley*, pour les appelants.

E. R. Clifford, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—Le 10 mars 1965 les appelants ont convenu par écrit de louer certains biens-fonds à l'intimée pendant une durée de cinq ans à partir du 1^{er} juin 1965. La convention comportait un droit de reconduction pour une durée supplémentaire de cinq ans et une option d'acheter les biens-fonds au prix fixe de 30 000 \$ à n'importe quel moment pendant la durée du bail initial ou du bail reconduit.

De plus, cette même convention accordait à l'intimée l'option d'acheter, au prix fixe de 95 000 \$, l'ensemble des biens-fonds attenants appartenant aux appelants. L'intimée pouvait, sur réception d'un avis des appelants indiquant leur intention de vendre, lever cette option à n'importe quel moment au cours d'une période de 12 ans à partir du 1^{er} juin 1965. En d'autres termes, il s'agissait d'une option qui survivait deux ans à celle accordée sur les biens-fonds loués, mais dont

notice. The agreement also provided, however, that this option could be exercised by the respondent in the absence of such notice during the last thirty days of the twelve-year term.

This litigation arose from the fact that the lands covered by the options were in an area of subdivision control and the agreement was not made subject to the express condition that it was to be effective only if the provisions of s. 26 of *The Planning Act*, R.S.O. 1960, c. 296 (subsequently s. 29 of *The Planning Act*, R.S.O. 1970, c. 349) were complied with.

On March 14, 1975 the respondent sent the appellant John Miller a notice by registered mail that it intended to exercise the option on the leased lands. However, when the respondent's agent tendered on the appellant John Miller on May 30, 1975 he refused to close. No tender was made on the appellant James Miller. An action for specific performance of the option agreement was commenced in October 1975.

On May 17, 1977 the respondent notified the appellants by registered mail that it intended to exercise the option on the abutting lands. Again tender was refused and another action for specific performance was commenced. These actions were consolidated at trial since they raised the same issue, namely the validity of the options having regard to the provisions of *The Planning Act*.

The relevant section of *The Planning Act*, R.S.O. 1970, c. 349, s. 29, provides in part:

29. . . .

(2) No person shall convey land by way of a deed or transfer, or grant, assign or exercise a power of appointment with respect to land, or mortgage or charge land, or enter into an agreement of sale and purchase of land or enter into any agreement that has the effect of granting the use of or right in land directly or by entitlement to renewal for a period of twenty-one years or more unless,

- (a) the land is described in accordance with and is within a registered plan of subdivision; or

la levée dépendait d'un avis approprié donné par les appelants. Cependant, la convention stipulait en outre qu'à défaut de pareil avis, l'intimée pouvait lever cette option au cours des 30 derniers jours du délai de 12 ans.

Ce litige tire son origine du fait que les biens-fonds visés par les options se trouvaient dans une zone de lotissement réglementé et que la convention ne comportait pas de condition expresse selon laquelle elle serait exécutoire seulement si les dispositions de l'art. 26 de *The Planning Act*, R.S.O. 1960, chap. 296 (devenu l'art. 29 de *The Planning Act*, R.S.O. 1970, chap. 349) étaient respectées.

Le 14 mars 1975 l'intimée a envoyé à l'appellant John Miller, en recommandé, un avis de son intention de lever l'option sur les biens-fonds loués. Toutefois, lorsque, le 30 mai 1975, le mandataire de l'intimée a offert le prix à l'appellant John Miller, celui-ci a refusé de clore le marché. Aucune offre de paiement n'a été faite à l'appellant James Miller. Une action en exécution forcée de l'option a été intentée en octobre 1975.

Le 17 mai 1977, l'intimée a signifié aux appelants par lettre recommandée son intention de lever l'option sur les biens-fonds attenants. Encore une fois l'offre de paiement a été refusée et une seconde action en exécution forcée de l'option a été intentée. Puisque les deux actions soulevaient la question de la validité des options compte tenu des dispositions de *The Planning Act*, elles ont été entendues ensemble.

L'article 29, qui est la disposition pertinente de *The Planning Act*, R.S.O. 1970, chap. 349, prévoit notamment:

[TRANSLATION] **29. . . .**

(2) Nul ne doit céder un bien-fonds par acte ou transfert, ni accorder, assigner ou exercer un mandat de désignation relativement à un bien-fonds, ni hypothéquer ou grever un bien-fonds, ni conclure une promesse de vente d'un bien-fonds ou passer une convention dont l'effet est d'accorder un droit d'usage ou autre sur un bien-fonds, que cela soit fait directement ou par clause de renouvellement pour une période de vingt et un ans ou plus, à moins que

- a) le bien-fonds ne soit décrit conformément à un plan de lotissement enregistré dont il fait partie; ou

(b) the grantor by deed or transfer, the person granting, assigning or exercising a power of appointment, the mortgagor or chargor, the vendor under an agreement of purchase and sale or the grantor of a use of or right in land, as the case may be, does not retain the fee or the equity of redemption in, or a power or right to grant, assign or exercise a power of appointment with respect to, any land abutting the land that is being conveyed or otherwise dealt with; or

(e) a consent is given to convey, mortgage or charge the land, or grant, assign or exercise a power of appointment with respect to the land or enter into an agreement with respect to the land.

(7) An agreement, conveyance, mortgage or charge made, or a power of appointment granted, assigned or exercised in contravention of this section or a predecessor thereof does not create or convey any interest in land, but this section does not affect an agreement entered into subject to the express condition contained therein that such agreement is to be effective only if the provisions of this section are complied with.

The appellants put forward a number of defences at trial alleging improprieties in the tenders, in the notice of intention to exercise the second option and in the proposed closing date on the second option. The learned trial judge did not give effect to any of these defences. He made an order for specific performance of both options but in so doing expressed some concern over the defence based on s. 29 of *The Planning Act*. This was the only defence pursued in the Ontario Court of Appeal and also in this Court.

The appellants' argument, as I understand it, is that the appellants in the agreement of March 10, 1965 granted two options to the respondent on abutting lands. It was open to the respondent under the agreement to exercise one and not the other or to exercise both but at different times. Accordingly, the agreement violated s. 29 of *The Planning Act* because, whichever course the respondent chose to follow, the appellants would "retain the fee" in the lands subject to the unexer-

b) le cédant par acte ou transfert, la personne qui accorde, assigne ou exerce un mandat de désignation, le débiteur hypothécaire ou la personne qui a grevé le bien-fonds, le vendeur aux termes d'une promesse de vente ou le cédant d'un droit d'usage ou autre sur un bien-fonds, suivant le cas, ne retienne pas le droit de propriété ou le droit de rachat, ou un pouvoir ou droit d'accorder, d'assigner ou d'exercer un mandat de désignation relativement à un bien-fonds adjacent au bien-fonds qui est ainsi cédé ou qui est autrement visé; ou

e) un consentement ne soit donné pour céder, hypothéquer ou grever le bien-fonds, ou pour accorder, assigner ou exercer un mandat de désignation relativement au bien-fonds ou pour passer une convention relative au bien-fonds.

(7) Si une convention ou un acte de cession est signé, si une hypothèque ou une charge est constituée ou si un mandat de désignation est accordé, assigné ou exercé contrairement au présent article ou à tout article qu'il a remplacé, cela ne crée ni ne confère aucun droit sur un bien-fonds; mais le présent article ne s'applique pas à une convention contenant une condition expresse selon laquelle elle ne sera exécutoire que si le présent article est respecté.

En première instance, les appelants ont invoqué plusieurs moyens de défense, alléguant notamment que les offres de paiement, l'avis de l'intention de lever la seconde option et la date proposée pour la levée de celle-ci comportaient des irrégularités. Le savant juge de première instance n'a pas retenu ces moyens de défense. Il a ordonné l'exécution forcée des deux options, mais non sans exprimer un certain intérêt à l'égard du moyen de défense fondé sur l'art. 29 de *The Planning Act*. Il s'agit là du seul moyen soulevé en Cour d'appel de l'Ontario et en cette Cour.

Si je comprends bien l'argument des appelants, ils font valoir que la convention du 10 mars 1965 accorde à l'intimée deux options sur des biens-fonds contigus. Suivant cette convention, l'intimée pouvait lever une option seulement ou les deux, mais dans ce dernier cas la levée devait avoir lieu à des époques différentes. La convention serait donc contraire à l'art. 29 de *The Planning Act*, parce que, quoique fût l'intimée, les appelants retiendraient «la propriété» (*fee*) des biens-fonds visés

cised option. They would have agreed to convey land, *i.e.* the land subject to the option which was exercised, while retaining the fee in the land subject to the unexercised option. The agreement would have been perfectly all right, the appellants say, if the respondent had been obliged to exercise both options at the same time. Alternatively, it would, of course, have been all right in the existing form if it had been made subject to the express condition that s. 29 be complied with. However, they point out that the agreement clearly contemplated that the respondent might exercise only one of the options and the only circumstances in which the two could be exercised at the same time would be if the appellants notified the respondent of an intention to sell the property prior to the exercise of the first option. No such notice was given and the options were in fact exercised approximately two years apart.

The key issue of law raised by these submissions is: does the grantor of an option "retain the fee" in the optioned lands pending the exercise of the option? If he does, then the appellants retained the fee in the abutting lands after having agreed to sell the leased lands. They would then be precluded by s. 29 from conveying the leased lands to the respondent pursuant to the agreement. This was, in fact, the position taken by the appellants in refusing the respondent's tender on the first option and subsequently on the second option. They were, they say, relieved of any obligations under the agreement they had entered into because it could not be performed in accordance with its terms without a violation of s. 29 of *The Planning Act*.

It is well settled law that an option vests in the optionee an equitable interest in the optioned lands as soon as the option is granted. This is so because an option, like an agreement of purchase and sale, is specifically enforceable. It is, in effect, an agreement to convey the lands at the option of the optionee. The optionor continues to hold the legal title but he is obliged in equity to convey the optioned lands to the optionee if called upon to do so in accordance with the terms of the option agreement. As long as the option is outstanding the optionor cannot dispose of the land or any

par l'option non levée. Ils se seraient en fait engagés à céder un bien-fonds, c.-à-d. celui visé par l'option qui a été levée, tout en retenant la propriété (*fee*) de celui visé par l'option non levée. La convention aurait été parfaitement légitime, selon les appelants, si l'intimée avait été obligée de lever les deux options en même temps. Elle l'aurait été également, bien entendu, en sa forme actuelle, si elle avait été soumise à la condition expresse que l'art. 29 soit respecté. Ils font remarquer, cependant, que la convention envisage clairement la levée par l'intimée d'une seule option et que les deux options ne pouvaient être levées en même temps que si les appelants notifiaient à l'intimée leur intention de vendre le bien-fonds avant la levée de la première option. Aucune notification n'a été donnée et, en fait, il y a eu un intervalle d'environ deux ans entre la levée de chacune des options.

La question de droit fondamentale soulevée par ces arguments est de savoir si la personne qui accorde une option retient la propriété des biens-fonds visés par l'option tant que celle-ci n'a pas été levée. Si c'est le cas, il s'ensuit que les appelants ont retenu la propriété des biens-fonds attenants après avoir convenu de vendre les biens-fonds loués. L'article 29 les empêcherait alors de céder les biens-fonds loués à l'intimée en exécution du contrat. Cela est en fait le point de vue qu'ont adopté les appelants en refusant l'offre de paiement de l'intimée relativement à la première option et, ensuite, relativement à la seconde. Ils se prétendent dégagés de toute obligation découlant du contrat parce qu'il ne peut être exécuté sans infraction à l'art. 29 de *The Planning Act*.

Il est bien établi en droit qu'une fois l'option accordée, le bénéficiaire acquiert un droit en *equity* sur les biens-fonds qu'elle vise. Cela s'explique par le fait qu'une option, tout comme une promesse de vente, est susceptible d'exécution forcée. Il s'agit en réalité d'un engagement de céder les biens-fonds au gré du bénéficiaire de l'option. Celui qui accorde l'option garde le titre de propriété, mais l'*equity* l'oblige à transmettre au bénéficiaire de l'option, si celui-ci l'exige conformément aux dispositions du contrat constitutif d'option, les biens-fonds visés par cette option.

interest in it to anyone else. Can it be said then that he "retains the fee" in it?

Mr. Justice Carruthers held that an optionor does not retain the fee in the optioned lands. He adopted the approach taken by Kelly J.A. in *Re Redmond and Rothschild*, [1971] 1 O.R. 436, to the interpretation of the word "fee". Kelly J.A. found that the word did not have its technical common law meaning, *i.e.* an estate in land unrestricted as to time and capable of descending to the heir. Rather, in the context of s. 26 (now s. 29) of *The Planning Act* it was to be equated with the kind of interest in land which carries with it disposing power. What the legislature was seeking to prevent was the transfer by an owner of part of his lands while he retained disposing power over abutting lands. Accordingly, the result of a transaction must not be that the disposing power in the abutting lands remains in the grantor. Carruthers J. found that this is not so where he has given an option on the abutting lands.

The Court of Appeal agreed [(1981), 31 O.R. (2d) 577]. Mr. Justice Lacourcière, speaking for a unanimous Court, rejected the submission of appellants' counsel that the option agreement was a nullity because the delivery of a deed to the leased lands upon the exercise of the option on them would have resulted in a clear violation of s. 29. He said [at p. 587]:

We do not agree, since by giving the option the vendors had parted with dominion over the fee; the vendors, having signed an enforceable option to sell all their remaining lands, did not retain the fee in abutting lands.

Counsel for the appellants, Mr. Thomson, argued before this Court that until an option is exercised the optionor retains dominion over the fee. All that passes to the optionee is an equitable interest in the land. An option is merely an offer, albeit an irrevocable one. The option may, in fact,

Tant que l'option existera, celui qui l'a accordée ne peut se départir en faveur de quelqu'un d'autre des biens-fonds ou d'un droit quelconque s'y rapportant. Peut-on donc dire que cette personne «retient la propriété» des biens-fonds en question?

Le juge Carruthers a conclu que la personne qui accorde une option ne retient pas la propriété des biens-fonds visés par l'option. Il a fait sien le point de vue adopté par le juge Kelly de la Cour d'appel dans l'arrêt *Re Redmond and Rothschild*, [1971] 1 O.R. 436, quant à l'interprétation du mot «propriété» (*fee*). Le juge Kelly a conclu que ce mot n'a pas le sens strict que lui donne la *common law*, c.-à-d. un droit sur un bien-fonds, d'une durée illimitée et transmissible à un héritier. Dans le contexte de l'art. 26 (l'actuel art. 29) de *The Planning Act*, il désignait plutôt la sorte de droit réel immobilier qui emporte pouvoir de disposition. Ce que le législateur avait voulu empêcher, c'est qu'un propriétaire cède une partie de ses biens-fonds tout en retenant un pouvoir de disposer des biens-fonds y attenants. Ainsi, le cédant ne devait pas, par suite d'une opération immobilière, garder le pouvoir de disposer des biens-fonds attenants. Le juge Carruthers a conclu qu'il n'en est pas ainsi lorsque le cédant donne une option sur lesdits biens-fonds.

La Cour d'appel s'est dite d'accord [(1981), 31 O.R. (2d) 577]. Le juge Lacourcière, exprimant l'avis unanime de la cour, a rejeté l'argument de l'avocat des appelants selon lequel la convention d'option est nulle parce que la délivrance, sur levée de l'option, d'un titre de propriété afférent aux biens-fonds loués aurait constitué une infraction flagrante à l'art. 29. Il a dit [à la p. 587]:

[TRADUCTION] Nous ne sommes pas d'accord, car en accordant l'option, les vendeurs ont abandonné leur pouvoir sur la propriété; s'étant engagés, par la signature d'une option exécutoire, à vendre l'ensemble des biens-fonds qui leur restait, les vendeurs n'ont pas retenu la propriété des biens-fonds attenants.

M^e Thomson, l'avocat des appelants, a fait valoir devant cette Cour que, jusqu'au moment de la levée de l'option, celui qui l'accorde garde son pouvoir sur la propriété. Le bénéficiaire de l'option ne reçoit qu'un droit en *equity* sur le bien-fonds. Une option n'est ni plus ni moins qu'une offre,

never be exercised. Why then treat the optionor as having parted with the fee when he gives the option? Why not only when the option is exercised?

Mr. Thomson argued, in the alternative, that having regard to the purpose of s. 29 of *The Planning Act* an optionor should be deemed to retain the fee because otherwise the potential for abuse is there. The judgment of the Court of Appeal, he argued, is an open invitation to landowners to get around s. 29 by the simple device of dividing the title by a grant of options.

Mr. Thomson relied heavily on the dictum of Grange J. in *Yield Investments Ltd. v. Newton*, (1976), 11 O.R. (2d) 554. In that case the vendors agreed to sell one parcel of land under a long-term agreement of purchase and sale and to give an option to purchase an abutting parcel on the same closing date. Grange J. held that the agreement did not violate s. 26 because the vendors had agreed to part with both parcels if called upon to do so. He said at p. 561:

It is true that the purchaser might in theory not exercise the option for No. 85. I say "in theory" because there was no practical possibility in light of the purchase prices for the two properties. But it is not the interest of the purchaser with which the Act is concerned but that of the vendors and the vendors were subject to the option from the moment of the execution of the contract. On the authority of *Reference Re Certain Titles to Land in Ontario, supra*, at p. 631, a contingent interest such as an option is to be treated as any other equitable interest. If the option were not exercised and the purchaser sought to complete the transaction with respect to No. 79 only, there would, of course, be a clear violation of the Act at the time of closing. But in my view, there is no violation in entering into the agreement because by it the vendors undertake to part with both properties if called upon to do so. [Emphasis added.]

Mr. Thomson submits that Grange J.'s hypothetical is exactly what happened in the instant case. The respondent exercised the option on the leased lands at a time when it was not open to it to exercise the option on the abutting lands. Accord-

quoique irrévocable. Elle peut en fait ne jamais être levée. Pourquoi donc conclure qu'accorder une option emporte abandon de la propriété? Pourquoi ne serait-ce pas uniquement la levée de l'option qui aurait cet effet?

M^e Thomson a fait valoir à titre subsidiaire que, compte tenu de l'objet de l'art. 29 de *The Planning Act*, la personne qui accorde une option doit être réputée avoir retenu la propriété, sinon il y a risque d'abus. L'arrêt de la Cour d'appel, a-t-il prétendu, invite ouvertement les propriétaires fonciers à contourner l'art. 29 en ayant recours au simple expédient de la division du titre de propriété au moyen d'options.

M^e Thomson s'est appuyé en grande partie sur le principe énoncé par le juge Grange dans *Yield Investments Ltd. v. Newton* (1976), 11 O.R. (2d) 554. Dans cette affaire, les vendeurs avaient convenu par une promesse de vente à long terme, de vendre un bien-fonds et d'accorder une option sur un bien-fonds attenant, l'échéance étant la même dans les deux cas. Le juge Grange a conclu que la convention ne violait pas l'art. 26 parce que les vendeurs avaient consenti à se départir des deux biens-fonds si on leur demandait de le faire. Le juge Grange a dit, à la p. 561:

[TRADUCTION] Il est vrai que l'acheteur pourrait en théorie ne pas lever l'option sur le n^o 85. Je dis «en théorie» parce que, du point de vue pratique, compte tenu du prix d'achat des deux propriétés, cette possibilité n'existe pas. Mais la Loi vise le droit des vendeurs plutôt que celui de l'acheteur et, dès la signature du contrat, les vendeurs ont été liés par l'option. Suivant l'arrêt *Reference Re Certain Titles to Land in Ontario*, précité, à la p. 631, un droit éventuel comme une option doit être traité comme tout autre droit en *equity*. Si l'option n'est pas levée et que l'acheteur essaie de conclure un marché seulement à l'égard du n^o 79, il y aura évidemment une violation manifeste de la Loi au moment de la conclusion du marché. Mais, selon moi, la passation du contrat ne constitue pas une violation parce que le vendeur s'engage par là à céder les deux propriétés sur demande. [C'est moi qui souligne.]

M^e Thomson prétend que la situation qui se présente en l'espèce est celle-là même envisagée dans l'hypothèse du juge Grange. L'intimée a levé l'option sur les biens-fonds loués à un moment où elle n'était pas en mesure de lever celle sur les biens-

ingly, on the reasoning of Grange J., the Act was violated when the option on the leased lands was exercised and the respondent was perfectly correct in refusing to close.

Mr. Justice Grange's judgment was affirmed on appeal ((1978), 18 O.R. (2d) 1). No express reference was made to the trial judge's *dictum* but Lacourcière J.A. seems to have accepted the proposition that the vendor retained the fee in the parcel subject to the option. He said at p. 2:

We are all of the view that the learned trial Judge was correct in concluding that in the agreement the vendors undertook to part with the two parcels if called upon to do so. Correctly looking at "the substance rather than the form of the transaction" (*Re Forfar and Township of East Gwillimbury et al.*, [1971] 3 O.R. 337 at p. 344, 20 D.L.R. (3d) 377 at p. 384; affirmed [1972] S.C.R. v, 28 D.L.R. (3d) 512n), he held that it was unimpeachable, as the purchasers acquired the real disposable interest, although strictly speaking the fee remained with the vendor. [Emphasis added.]

The learned Justice of Appeal then went on to discuss the concept of "possible illegality" which obtains where an agreement which can be performed legally may also be performed illegally. He adopted the principle enunciated in an earlier decision of the Ontario Court of Appeal, *Reference Re Certain Titles to Land in Ontario*, [1973] 2 O.R. 613, to the effect that an agreement subject to possible illegality in its performance will only be invalidated if "a wicked intention to break the law" is established. If, of course, the agreement cannot be performed legally, *i.e.* without a violation of *The Planning Act*, it will be wholly void.

It seems to me, with respect, that Mr. Justice Lacourcière erred in concluding that the fee in the optioned parcel remained in the vendor unless it was his intention to put a different interpretation on the word "fee" from that put upon it by Kelly J.A. in *Re Redmond and Rothschild*, *supra*. He made no reference to the case although it was referred to with approval (although not reflected

fonds attenants. Par conséquent, suivant le raisonnement du juge Grange, la levée de l'option sur les biens-fonds loués constituait une violation de la Loi et l'intimée était bien en droit de refuser de clore le marché.

Le jugement du juge Grange a été confirmé en appel ((1978), 18 O.R. (2d) 1). Sans mentionner expressément le principe posé par le premier juge, le juge Lacourcière de la Cour d'appel semble avoir souscrit à la conclusion que les vendeurs ont retenu la propriété du bien-fonds visé par l'option. Il dit à la p. 2:

[TRADUCTION] Nous sommes tous d'avis que le savant juge de première instance a eu raison de conclure que les vendeurs se sont engagés dans les contrats à céder, sur demande, les deux biens-fonds. Examinant, comme il convenait de le faire, «le fond plutôt que la forme de l'opération» (*Re Forfar and Township of East Gwillimbury et al.*, [1971] 3 O.R. 337, à la p. 344, 20 D.L.R. (3d) 377, à la p. 384; confirmé par [1972] R.C.S. v, 28 D.L.R. (3d) 512n), le premier juge a conclu au caractère inattaquable de cette opération, car l'acheteur a acquis le véritable droit aliénable, bien que le vendeur, à strictement parler, ait retenu la propriété. [C'est moi qui souligne.]

Le savant juge de la Cour d'appel a ensuite traité du concept d' [TRADUCTION] «illégalité possible», qui s'applique lorsqu'une convention susceptible d'exécution conformément à la loi est aussi susceptible d'être exécutée illégalement. Il a fait sien le principe énoncé dans l'arrêt antérieur de la Cour d'appel de l'Ontario *Reference Re Certain Titles to Land in Ontario*, [1973] 2 O.R. 613; suivant ce principe, une convention dont l'exécution peut donner lieu à une illégalité ne sera invalidée que si on établit l'existence d'une [TRADUCTION] «intention mauvaise de contrevenir à la loi». Bien entendu, si le contrat ne peut être exécuté légalement, *c.-à-d.* sans infraction à *The Planning Act*, il sera complètement nul.

Il me semble, avec égards, qu'à moins qu'il n'ait voulu donner du mot «propriété» (*fee*) une interprétation différente de celle qu'en a donnée le juge Kelly de la Cour d'appel dans l'arrêt *Re Redmond and Rothschild*, précité, le juge Lacourcière a commis une erreur en concluant que le vendeur a retenu la propriété du bien-fonds visé par l'option. Le juge Lacourcière n'a pas mentionné cet arrêt,

in his dictum) by Grange J. in the court below. If the purchaser in *Yield Investments, supra*, had sought to complete the transaction with respect to the one parcel only, *i.e.* No. 79, it seems to me that there would have been no violation of the Act on Kelly J.A.'s interpretation of the word "fee".

Kelly J.A.'s interpretation of the word "fee" was expressly adopted by Schroeder J.A. in *Re Forfar and Township of East Gwillimbury*, [1971] 3 O.R. 337. In that case the earlier decision in *Re Carter and Congram*, [1970] 1 O.R. 800, was overruled. The vendor in *Re Carter and Congram* had given his secretary a deed to uses to abutting lands but retained a general power of appointment over them. It was held by Fraser J. that this did not offend *The Planning Act* because the vendor had not retained the fee in the abutting lands. He gave the word "fee" its technical, common law meaning. Schroeder J.A. preferred the approach in *Re Redmond and Rothschild*. He said at p. 344:

I take it to be the view of the members of Court who decided *Re Redmond et al. and Rothschild* that the term "fee" as used in s. 26(1)(b) meant such an estate or interest as was reasonably necessary to accomplish the purpose which the legislators had in view and was not used in its narrow, technical, legal sense. As laid down in *Walsingham's Case* (1573), 2 Plowden 547, 75 E.R. 805, an estate in fee simple is the greatest estate and most extensive interest which a person can possess in land and property, being an absolute estate in perpetuity. Whether the grant made by H. Bruce Forfar to his solicitor's secretary in which he reserved to himself a general and unlimited power of appointment, in the absence of that reservation, would have conferred upon her the legal title to the property subject to a resulting trust in favour of Forfar is of no particular significance, because it is abundantly plain in all the circumstances that Forfar had at all material times, dominion over the fee which he might exercise at his option. There is a wide distinction between a title in fee and a power to dispose of property, as under the latter the fee is not in the donee of the power but he has a dominion over it which he is free to exercise as he sees fit. It is against

mais en première instance le juge Grange l'a cité en signalant son approbation (bien que le principe qu'il a posé ne traduise pas cette approbation). Si l'acheteur dans l'affaire *Yield Investments*, précitée, avait essayé de conclure un marché à l'égard d'un seul bien-fonds, *c.-à-d.* le n° 79, il me semble que, selon l'interprétation donnée par le juge Kelly au mot «propriété» (*fee*), il n'y aurait pas eu infraction à la Loi.

Dans l'arrêt *Re Forfar and Township of East Gwillimbury*, [1971] 3 O.R. 337, le juge Schroeder de la Cour d'appel de l'Ontario a expressément adopté l'interprétation donnée par le juge Kelly au mot «propriété» (*fee*). Cet arrêt a rejeté la décision antérieure *Re Carter and Congram*, [1970] 1 O.R. 800. Dans l'affaire *Re Carter and Congram*, le vendeur avait donné à sa secrétaire une disposition en fiducie (*deed to uses*) afférente à des biens-fonds attenants, mais il s'était réservé à l'égard de ces biens-fonds un pouvoir de désignation général. Le juge Fraser a conclu que cela n'enfreignait pas *The Planning Act*, parce que le vendeur n'avait pas retenu la propriété des biens-fonds en cause. Il a donné au mot «propriété» (*fee*) le sens strict qu'il a en *common law*. Le juge Schroeder pour sa part a préféré le point de vue adopté dans l'arrêt *Re Redmond and Rothschild*. Il dit à la p. 344:

[TRADUCTION] Je tiens pour acquis que les juges qui ont tranché l'affaire *Re Redmond et al. and Rothschild* ont été d'avis que le mot «propriété» (*fee*) employé à l'al. 26(1)(b) désignait un droit ou un intérêt qui s'étend à ce qui était raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'objet du législateur et n'avait pas son sens juridique à la fois restreint et technique. Comme l'établit l'arrêt *Walsingham* (1573), 2 Plowden 547, 75 E.R. 805, un droit de propriété (*an estate in fee simple*) est le droit le plus grand et le plus étendu qu'une personne puisse posséder sur un bien-fonds et sur une propriété, car il s'agit d'un droit à la fois absolu et perpétuel. La question de savoir si la cession que H. Bruce Forfar a faite à la secrétaire de son avocat en se réservant un pouvoir de désignation général et illimité, aurait, en l'absence de cette réserve, conféré à la secrétaire un titre de propriété afférent au bien-fonds mais soumis à une fiducie tacite en faveur de Forfar, ne revêt pas une importance particulière parce qu'il se dégage très nettement de l'ensemble des circonstances que Forfar avait à toutes les époques pertinentes plein pouvoir sur la propriété et qu'il pouvait exercer ce pouvoir à son gré. Il y a une vaste différence entre la pleine propriété (*title in fee*) et un

the retention of such power of control over alienation of the property abutting the land conveyed or otherwise dealt with that the prohibitory provisions of s. 26 are aimed. Adopting the construction placed upon the word "fee" in *Re Redmond and Rothschild, supra*, I come inevitably to the conclusion that H. Bruce Forfar has subdivided his holding in contravention of the township's subdivision control By-law 510 and thereby infringed the provisions of s. 26(1) of the *Planning Act*. [Emphasis added.]

An appeal from Mr. Justice Schroeder's judgment to this Court was dismissed ([1972] S.C.R. v, 28 D.L.R. (3d) 512n).

There can, in my view, be no doubt about the fact that the grantor of an option does not retain control over the alienation of the optioned lands. He has bound himself to dispose of them to the optionee and to no other during the subsistence of the option. Moreover, he has bound himself by an agreement the performance of which may be specifically enforced against him. He has no further say in the matter. The optionee may, of course, decide not to exercise the option, whereupon disposing power will revert to the optionor once more, but until this happens, if it happens, the optionor has effectively deprived himself of any control over the alienation of the property. I would respectfully adopt the interpretation put upon the word "fee" by Mr. Justice Kelly. It follows that the agreement of March 10, 1965 did not violate s. 29 of *The Planning Act* nor was there a violation upon the exercise of the option on the leased lands.

I have given careful consideration to the argument that a decision to this effect invites landowners to circumvent s. 29 by the device of dividing the title by granting options. I am not convinced, however, that this concern is justified. For such a scheme to work the landowner would have to have some assurance from the outset that the option which he purported to grant would not be exercised. As Mr. Justice Lacourcière observed in his judgment below [at p. 588]:

pouvoir de disposer d'un bien, car dans ce dernier cas la propriété (*fee*) n'appartient pas au titulaire du pouvoir de disposition, mais celui-ci a sur elle un pouvoir qu'il a toute liberté d'exercer comme il le juge opportun. C'est le fait de retenir un pareil pouvoir sur l'aliénation des biens-fonds attenants au bien-fonds qui a été cédé ou qui a fait l'objet d'une autre opération, que l'art. 26 vise à empêcher. Adoptant l'interprétation donnée au mot «propriété» (*fee*) dans l'arrêt *Re Redmond and Rothschild*, précité, j'arrive inévitablement à la conclusion que H. Bruce Forfar a subdivisé ses biens-fonds d'une manière contraire au règlement n° 510 du *township*, qui impose des restrictions au lotissement et qu'il a ainsi enfreint les dispositions du par. 26(1) de *The Planning Act*. [C'est moi qui souligne.]

Le pourvoi formé contre le jugement du juge Schroeder a été rejeté en cette Cour ([1972] R.C.S. v, 28 D.L.R. (3d) 512n).

À mon avis, il ne fait pas de doute que la personne qui accorde une option ne retient aucun pouvoir sur l'aliénation des biens-fonds visés par l'option. Elle s'engage pendant toute la durée de l'option à ne transmettre ceux-ci qu'au bénéficiaire de l'option. De plus, elle peut être forcée à exécuter la convention qu'elle a ainsi signée. Elle n'a plus rien à dire sur la question. Le bénéficiaire de l'option peut évidemment décider de ne pas lever l'option, auquel cas le pouvoir de disposer retourne à la personne qui a accordé l'option, mais en attendant que cela arrive, si cela arrive, cette personne est en réalité privée de tout pouvoir sur l'aliénation des biens-fonds. Avec égards, j'adopte l'interprétation que le juge Kelly a donnée au mot «propriété» (*fee*). Il s'ensuit que le contrat du 10 mars 1965 n'enfreint pas l'art. 29 de *The Planning Act* et que la levée de l'option sur les biens-fonds loués ne constitue pas une violation de la Loi.

J'ai examiné attentivement l'argument selon lequel une décision dans ce sens inviterait les propriétaires fonciers à contourner l'art. 29 en ayant recours à l'expédient de la division du droit de propriété au moyen d'options. Je ne suis toutefois pas convaincue du bien-fondé de cet argument. Pour qu'une telle opération réussisse, il faudrait que le propriétaire foncier soit assuré dès le début que l'option qu'il a fait semblant d'accorder ne sera jamais levée. Comme le juge Lacourcière l'a fait remarquer en Cour d'appel [à la p. 588]:

... if the parties had prepared an agreement containing option clauses which the purchaser had no intention of exercising, the transaction would be "spurious from the time of its conception" to use the language of the *Reference* case at p. 642 The Court would clearly not lend its aid to the enforcement of such transactions.

I do not find any evidence that the transactions in this case were artificial ones. I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Solicitors for the respondent: Broderick, McLeod, Clifford, Marimelli & Amadia, Niagara Falls.

[TRANSLATION] ... si les parties avaient rédigé un contrat contenant des clauses constitutives d'une option que l'acheteur n'avait aucune intention de lever, l'opération serait «fictive dès le moment de sa conception», comme on a dit dans le renvoi [*Reference Re Certain Titles to Land in Ontario*], à la p. 642 . . . Il est évident que la Cour ne prêterait pas son concours à l'exécution de pareilles opérations.

Rien n'indique qu'il s'agit en l'espèce d'opérations fictives. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Broderick, McLeod, Clifford, Marimelli & Amadia, Niagara Falls.