

Citadel General Assurance Company
(Defendant) Appellant;

and

Johns-Manville Canada Inc. (Plaintiff)
Respondent;

and

**Her Majesty the Queen in Right of the
Province of Ontario as Represented by the
Ministry of the Environment, Trustee**
(Plaintiff);

and

John Carlo Limited (Defendant).

File No.: 16687.

1982: November 16; 1983: May 17.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Estey, McIntyre and
Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Insurance — Labour and material contract bond —
Default in payment by contractor — Supplier not par-
ticipant as lien claimant under The Mechanics' Lien
Act — Action commenced against surety under the
bond for monies owing — Whether or not claim under
bond defeated for want of strict compliance with bond's
notice provisions — Whether or not first necessary to
exhaust all mechanic's lien remedies and to set off
amounts so awarded, before claiming under bond —
The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, s. 11.*

A contractor, supplied with pipe for an Ontario gov-
ernment construction project, defaulted in the purchase
price. The contractor had entered a labour and material
bond with appellant's predecessor as surety and the
contractor as principal. The Ministry, as obligee, was
trustee for all claimants and every claimant had the
right to sue under the bond for payment of monies owed
by the principal under its contract with the principal.
The bond specified the notice to be given by the claim-
ants. Respondent, which did not participate as a lien
claimant in a mechanics' lien action, commenced an
action under the bond, and gave appellant notice in
accordance with the bond requirements but did not
comply strictly with the bond terms in giving notice to

Citadel General Assurance Company
(Défenderesse) Appelante;

et

Johns-Manville Canada Inc. (Demanderesse)
Intimée;

et

**Sa Majesté la Reine, du chef de la province
de l'Ontario, représentée par le ministre de
l'Environnement, en qualité de fiduciaire**
(Demanderesse);

et

John Carlo Limited (Défenderesse).

N° du greffe: 16687.

1982: 16 novembre; 1983: 17 mai.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie,
Estey, McIntyre et Lamer.

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

*Assurance — Cautionnement pour le paiement des
matériaux et de la main-d'œuvre — Non-paiement par
l'entrepreneur — Aucune participation du fournisseur à
titre de créancier privilégié en vertu de The Mechanics'
Lien Act — Action en cautionnement pour paiement du
solde dû intentée contre la caution — La réclamation
fondée sur le cautionnement échoue-t-elle à défaut
d'observation stricte des dispositions du cautionnement
relatives aux avis? — Faut-il d'abord épuiser tous les
recours en vertu des privilèges et défalquer toutes les
sommes reçues à ce titre avant de poursuivre en vertu
du cautionnement? — The Mechanics' Lien Act, R.S.O.
1970, chap. 267, art. 11.*

Un entrepreneur n'a pas payé le prix d'achat de
tuyauterie qui lui avait été fournie pour des travaux de
construction commandés par le gouvernement de l'Onta-
rio. L'entrepreneur avait souscrit un cautionnement pour
le paiement des matériaux et de la main-d'œuvre, dans
lequel le prédécesseur de l'appelante est la caution et
l'entrepreneur le débiteur principal. Le Ministre en sa
qualité de bénéficiaire était le fiduciaire de tous les
réclamants, chacun desquels pouvait, en vertu du cau-
tionnement, intenter des poursuites pour obtenir paie-
ment des sommes qui lui étaient dues aux termes du
contrat intervenu entre lui et le débiteur principal. Le
cautionnement précise l'avis à donner par les récla-
mants. L'intimée, qui n'a pas participé à titre de créan-

the ministry and contractor. At issue were whether or not strict compliance with the bond's notice provisions were prerequisite to the action and whether or not respondent was obligated to exhaust all remedies under *The Mechanics' Lien Act* and credit the amount received from the hold-back against the surety.

Held: The appeal should be dismissed.

The rules hitherto applicable to accommodation sureties were in many ways inapplicable, as unrealistic, to cases where professional sureties undertook surety contracts for profit in the ordinary course of their business. The compensated surety cannot escape the liability found in the bond merely because of a minor variation in the guaranteed contract or because of a trivial failure to meet the bond's conditions. Here, the object of the notice provisions in the bond was fully achieved within the time limit imposed and appellant suffered no prejudice. The whole object of the bond would be defeated were appellant discharged. The relationships between the parties and the true basis of the bond contract were unaffected by the failures.

Respondent should not fail because it did not pursue any remedy under *The Mechanics' Lien Act*. The imposition of an implied obligation on a claimant to exhaust all other remedies before claiming under the bond would be to defeat the very purpose underlying the bond. Appellant here was not prejudiced by respondent's failure to pursue its claim.

Capel v. Butler (1825), 4 L.J. Ch. 69; *Calvert v. London Dock Co.* (1838), 7 L.J. Ch. 90; *Pearl v. Deacon* (1856), 26 L.J. Ch. 761; *Ievins v. Latvian (Toronto) Credit Union Ltd.* (1977), 19 O.R. (2d) 53; *Re Wolmershausen*; *Wolmershausen v. Wolmershausen* (1890), 62 L.T. 541; *Bryans v. Peterson* (1920), 47 O.L.R. 298; *Royal Bank of Canada v. Girgulis*, [1979] 3 W.W.R. 451; *Bank of Montreal v. Robertson*, [1976] 5 W.W.R. 680; *Rose v. Aftenberger*, [1970] 1 O.R. 547; *Town of Truro v. Toronto General Insurance Co.*, [1974] S.C.R. 1129; *Klockner-Moeller Ltd. v. Fidelity Insurance Company of Canada*, 1977, unreported decision of

cier privilégié à l'action sur privilège, a introduit une action fondée sur le cautionnement. Elle a donné à l'appelante l'avis prescrit, mais a négligé d'observer strictement les dispositions du cautionnement en donnant avis au Ministre et à l'entrepreneur. Les questions litigieuses sont de savoir si l'observation stricte des dispositions relatives aux avis contenues dans le cautionnement est une condition préalable à l'action et si l'intimée est obligée d'épuiser tous les recours en vertu de *The Mechanics' Lien Act* et de défalquer de ce qu'elle réclame à la caution la somme qu'elle aurait reçue à même la retenue.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les règles jusqu'ici appliquées aux cautions de complaisance sont à plusieurs titres irréalistes et inapplicables aux instances dans lesquelles des cautions professionnelles souscrivent, dans le cours ordinaire de leurs affaires, des contrats de cautionnement en vue d'un profit. Ce n'est pas simplement une dérogation mineure au contrat de garantie ni une omission minime de se conformer aux conditions du cautionnement qui vont permettre à une caution rétribuée d'échapper à la responsabilité que lui impose le cautionnement. En l'espèce, le but des dispositions relatives aux avis dans le cautionnement a été atteint dans les délais prescrits et l'appelante n'a pas subi de préjudice. L'objet même du cautionnement se trouverait annihilé si l'appelante était libérée de son obligation. Les omissions en question ne modifient nullement les rapports entre les parties et n'altèrent nullement le fondement même du contrat de cautionnement.

L'intimée ne doit pas être déboutée simplement parce qu'elle n'a pas exercé tous les recours que lui donnait *The Mechanics' Lien Act*. Imposer à un demandeur l'obligation implicite d'épuiser tous les autres recours avant de demander l'exécution du cautionnement serait aller à l'encontre de l'objet même pour lequel il a été consenti. En l'espèce, l'appelante n'a pas subi de préjudice à cause de l'omission de l'intimée de faire valoir sa réclamation.

Jurisprudence: arrêts mentionnés: *Capel v. Butler* (1825), 4 L.J. Ch. 69; *Calvert v. London Dock Co.* (1838), 7 L.J. Ch. 90; *Pearl v. Deacon* (1856), 26 L.J. Ch. 761; *Ievins v. Latvian (Toronto) Credit Union Ltd.* (1977), 19 O.R. (2d) 53; *Re Wolmershausen*; *Wolmershausen v. Wolmershausen* (1890), 62 L.T. 541; *Bryans v. Peterson* (1920), 47 O.L.R. 298; *Royal Bank of Canada v. Girgulis*, [1979] 3 W.W.R. 451; *Bank of Montreal v. Robertson*, [1976] 5 W.W.R. 680; *Rose v. Aftenberger*, [1970] 1 O.R. 547; *Ville de Truro c. Toronto General Insurance Co.*, [1974] R.C.S. 1129; *Klockner-Moeller Ltd. v. Fidelity Insurance Company*

Supreme Court of Prince Edward Island; *Alberta Concrete Products Co. Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1978), 15 A.R. 437; *Fleisher Engineering & Construction Co. v. United States*, 311 U.S. 15 (1940); *Houston Fire and Casualty Insurance Co. v. United States*, 217 F.2d 727 (1954); *Liles Construction Co. v. United States*, 415 F.2d 889 (1969); *United States v. Cortelyou & Cole, Inc.*, 581 F.2d 239 (1978); *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102; referred to; *La Rivière Inc. v. Canadian Surety Co.*, [1973] C.A. 150, applied.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 123 D.L.R. (3d) 763, 32 O.R. (2d) 697, dismissing the appeal of Citadel General Assurance Company from a judgment of R. E. Holland J. Appeal dismissed.

R. B. Moldaver and *D. W. Glaholt*, for the appellant.

E. M. Kelday for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—The respondent Johns-Manville Canada Inc. supplied pipe to John Carlo Limited, a contractor, for use in the execution of a contract with the Ontario Ministry of the Environment for the construction of certain works in the Town of Thessalon, Ontario. The last materials were shipped on October 28, 1977. The contractor defaulted in payment of the purchase price, leaving an unpaid balance due to the respondent in the amount of \$80,068.16. As a term of the contract between the Minister of the Environment and the contractor, the contractor entered into a labour and material payment bond which named the CNA insurance company (the predecessor of the appellant) as surety and the contractor as principal. The conditions of the bond so far as they are relevant to the issues raised in this appeal are set out hereunder:

1. A Claimant for the purpose of this Bond is defined as one having a direct contract with the Principal for labour, material, or both, used or reasonably required for use in the performance of the Contract, labour and material being construed to include that part of water, gas, power, light, heat, oil, gasoline, telephone service or rental equipment, directly applicable to the Con-

of Canada, 1977, décision inédite de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard; *Alberta Concrete Products Co. Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1978), 15 A.R. 437; *Fleisher Engineering & Construction Co. v. United States*, 311 U.S. 15 (1940); *Houston Fire and Casualty Insurance Co. v. United States*, 217 F.2d 727 (1954); *Liles Construction Co. v. United States*, 415 F.2d 889 (1969); *United States v. Cortelyou & Cole, Inc.*, 581 F.2d 239 (1978); *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102; arrêt appliqué: *La Rivière Inc. c. Canadian Surety Co.*, [1973] C.A. 150.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 123 D.L.R. (3d) 763, 32 O.R. (2d) 697, qui a rejeté l'appel interjeté par Citadel General Assurance Company contre un jugement du juge R. E. Holland. Pourvoi rejeté.

R. B. Moldaver et *D. W. Glaholt*, pour l'appelante.

E. M. Kelday, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—L'intimée Johns-Manville Canada Inc. a fourni à un entrepreneur, la John Carlo Limited, de la tuyauterie que celle-ci a utilisée dans l'exécution d'un contrat qu'elle avait avec le ministre de l'Environnement de l'Ontario pour l'exécution de travaux dans la ville de Thessalon (Ontario). La dernière livraison de matériaux a eu lieu le 28 octobre 1977. L'entrepreneur n'a pas payé le prix d'achat des matériaux, laissant un solde de 80 068,16 \$ impayé à l'intimée. Conformément aux conditions du contrat intervenu entre le ministre de l'Environnement et l'entrepreneur, celui-ci avait souscrit un cautionnement pour le paiement des matériaux et de la main-d'œuvre, dans lequel la compagnie d'assurance CNA (prédécesseur de l'appelante) était la caution et l'entrepreneur le débiteur principal. Les conditions du cautionnement pertinentes aux questions soulevées par le présent pourvoi sont énoncées ci-après:

- [TRADUCTION] 1. Pour les fins du présent cautionnement, un réclamant est celui qui a un contrat direct avec le débiteur principal pour la fourniture de main-d'œuvre, de matériaux ou les deux, employés dans l'exécution du contrat ou raisonnablement nécessaires à celle-ci, main-d'œuvre et matériaux comprenant la portion des services d'eau, de gaz, d'électricité,

tract provided that a person, firm or corporation who rents equipment to the Principal to be used in the performance of the Contract under a contract which provides that all or any part of the rent is to be applied towards the purchase price thereof shall only be a Claimant to the extent of the prevailing industrial rental value of such equipment for the period during which the equipment was used in the performance of the Contract.

2. The Principal and the Surety hereby jointly and severally agree with the Oblige, as Trustee, that every Claimant who has not been paid as provided for under the terms of his contract with the Principal, before the expiration of a period of ninety (90) days after the date on which the last of such Claimant's work or labour was done or performed or materials were furnished by such Claimant, may as a beneficiary of the trust herein provided for, sue on this Bond, prosecute the suit to final judgment for such sum or sums as may be justly due to such Claimant under the terms of his contract with the Principal and have execution thereon. Provided that the Oblige is not obliged to do or take any act, action or proceeding against the Surety on behalf of the Claimants, or any of them, to enforce the provisions of this Bond. If any act, action or proceeding is taken either in the name of the Oblige or by joining the Oblige as a party to such proceeding, then such act, action or proceeding, shall be taken on the understanding and basis that the Claimants, or any of them, who take such act, action or proceeding shall indemnify and save harmless the Oblige against all costs, charges and expenses or liabilities incurred thereon and any loss or damage resulting to the Oblige by reason thereof. Provided still further that, subject to the foregoing terms and conditions, the Claimants or any of them may use the name of the Oblige to sue on and enforce the provisions of this Bond.

3. No suit or action shall be commenced hereunder by any Claimant:

(a) unless such Claimant shall have given written notice within the time limits hereinafter set forth to each of the Principal, the Surety and the Oblige, stating with substantial accuracy the amount claimed. Such notice shall be served by mailing the same by registered mail, or served in any manner in which legal process may be served in the Province of Ontario, to the Principal and Surety at any place where an office is regularly

d'éclairage, de chauffage de mazout, d'essence et de téléphone, ou la location d'équipement, directement imputable au contrat, pourvu que la personne, la firme ou société qui loue l'équipement au débiteur principal, en vue de l'exécution du contrat, dans un contrat qui prévoit que tout ou partie du prix de location servira à acquitter le prix d'achat dudit équipement ne puisse réclamer que la valeur locative industrielle courante de cet équipement pour la période pendant laquelle cet équipement a servi à l'exécution du contrat.

2. Le débiteur principal et la caution conviennent par les présentes conjointement et solidairement avec le bénéficiaire, à titre de fiduciaire, que tout réclamant qui n'aura pas été remboursé conformément aux termes de son contrat intervenu avec le débiteur principal dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent la date de la fourniture des derniers matériaux ou de la dernière prestation de main-d'œuvre par ce réclamant pourra, à titre de bénéficiaire de la fiducie créée aux présentes, intenter et poursuivre des procédures, jusqu'à jugement définitif pour toute somme qui peut lui être légalement due aux termes du contrat intervenu entre lui et le débiteur principal et faire exécuter tel jugement. Il est convenu que le bénéficiaire n'est pas tenu de faire quelque acte ou d'intenter quelque procédure que ce soit à l'encontre de la caution, pour le compte des réclamants, en exécution des dispositions du présent cautionnement. S'il est accompli quelque acte ou intenté quelque action ou procédure soit au nom du bénéficiaire ou en l'assignant comme partie à ces procédures, alors cet acte sera accompli et cette action ou cette procédure sera intentée à la condition que le ou les réclamants qui les accomplissent ou intentent indemnisent le bénéficiaire de tous dépens, frais, débours ou responsabilité qui peuvent en découler et de toutes pertes ou de tous dommages que subit le bénéficiaire à cause desdites procédures. Il est de plus convenu que, sous réserve des conditions qui précèdent, le ou les réclamants peuvent poursuivre au nom du bénéficiaire en exécution du présent cautionnement.

3. Nul réclamant n'intentera d'action en vertu des présentes:

a) à moins d'avoir notifié par écrit, dans les délais ci-après définis, le débiteur principal, la caution et le bénéficiaire, et indiqué avec suffisamment de précision le montant demandé. Cet avis sera expédié par courrier recommandé ou signifié de la même manière que tout acte de procédure peut être signifié dans la province de l'Ontario, au débiteur principal et à la caution, à leur établissement commercial et au bénéficiaire, au soin du

maintained for the transaction of business by such persons, and to the Obligee addressed to the attention of the Manager, Claims and Contract Section, Project Co-ordination Branch, Ministry of the Environment, at 40 St. Clair Ave. W., Toronto. Such notice shall be given

(2) in respect of any claim other than for the holdback, or portion thereof, referred to above, within one hundred and twenty (120) days after the date upon which such Claimant did, or performed, the last of the work or labour or furnished the last of the materials for which such claim is made, under the Claimant's contract with the Principal.

The first condition defines a claimant in terms which include the respondent. The second makes the obligee (the Minister of the Environment) a trustee for the claimant and gives the claimant, though not itself a party to the bond, the right to sue under the bond for the payment of monies owing to it by the principal in accordance with the claimant's contract with the principal. The third condition prescribes the notice to be given when action is taken by the claimant.

The respondent commenced action against the principal and the surety on August 14, 1978, claiming the balance owing for the supply of material in the amount of \$80,068.16 with interest at 12 per cent until payment. The action succeeded and judgment was obtained after trial before R.E. Holland J. in the Supreme Court of Ontario on July 8, 1980. The judgment was for \$80,068.16, together with interest at 12 per cent per annum from February 1, 1978 to July 8, 1980 in the sum of \$23,375.52, making a total of \$103,443.68, and costs. An appeal was taken to the Ontario Court of Appeal (Houlden, Blair and Wilson JJ.) which was dismissed on May 15, 1981 with short reasons given by Houlden J.A. This appeal comes by leave granted October 20, 1981.

Before commencing the proceedings, the respondent gave notice to the appellant surety by

directeur, Section des réclamations et contrats, Direction de la coordination des travaux, Ministère de l'Environnement, 40 ouest, av. St. Clair, Toronto. Cet avis sera donné

(2) demande de tout ou partie de la retenue ci-dessus mentionnée, dans les cent vingt (120) jours qui suivront la date à laquelle le réclamant a complété l'exécution des travaux, ou la fourniture de la main-d'œuvre ou des matériaux, à l'égard desquels il fait sa demande, en exécution du contrat intervenu entre le réclamant et le débiteur principal.

La première condition définit qui peut être réclamant en des termes qui englobent l'intimée. La deuxième condition constitue le bénéficiaire (le ministre de l'Environnement) fiduciaire du réclamant et accorde à celui-ci, quoiqu'il ne soit pas partie au cautionnement, le droit de poursuivre, en vertu de ce cautionnement, le paiement des sommes dues par le débiteur principal, conformément aux conditions du contrat intervenu entre le réclamant et le débiteur principal. La troisième condition prescrit les avis que doit donner le réclamant au moment d'intenter l'action.

L'intimée a institué l'action contre le débiteur principal et la caution, le 14 août 1978, réclamant pour la fourniture de matériaux un solde impayé de 80 068,16 \$, avec intérêts au taux de 12 p. 100 jusqu'au paiement. L'action a été accueillie et le jugement prononcé après audition de l'action devant le juge R.E. Holland de la Cour suprême de l'Ontario, le 8 juillet 1980. Le jugement accorde la somme de 80 068,16 \$, avec intérêts au taux de 12 p. 100 l'an depuis le 1^{er} février 1978 jusqu'au 8 juillet 1980, soit la somme de 23 375,52 \$ ce qui fait une somme totale de 103 443,68 \$ plus les dépens. L'appel interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Houlden, Blair et Wilson) a été rejeté le 15 mai 1981, le juge Houlden ayant rédigé des motifs succincts. L'autorisation de se pourvoir en cette Cour a été accordée le 20 octobre 1981.

Avant de commencer les procédures, l'intimée a donné avis à la caution appelante, par courrier

registered mail within 120 days in accordance with the provisions of the third condition of the bond. Notice was also given to the Minister of the Environment within the 120-day time limit, but by ordinary mail. The principal received no written notice but was kept informed of the proceedings and, in the view of the trial judge, suffered no prejudice. The notice provisions were not therefore strictly complied with before action was commenced. It should be noted here as well that the Minister of the Environment held back \$81,264.12 from the contractor, John Carlo Limited, pursuant to s. 11 of *The Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1970, c. 267, being 15 per cent of the work certified as complete. This sum was paid into court and by judgment, dated February 26, 1979, it was distributed. The respondent received notice of these proceedings but did not pursue the matter, and did not participate in the distribution of the hold-back monies.

The trial judge noted that the respondent was not a party to the bond and ordinarily would not have a direct right of action against the surety. He observed, however, that the provisions of the bond created a trust relationship between the obligee and the claimants and conferred on the claimants a right to sue directly. He dealt with the argument that such a right to sue directly would depend upon a strict compliance with the provisions of the bond with these words:

It appears to me that in this case, unlike performance bonds, the plaintiff company does possess an independent cause of action, apart from the right to sue given by the contract. The trust has arisen by virtue of the contract but is governed by the terms of the trust and not by the terms of the contract and the plaintiff company is not required to comply with the conditions concerning notice imposed by the contract.

He went on to observe that the defence of absence of notice had not been raised by the appellant in its pleadings even though the respondent in its pleadings had asserted the giving of the required notice. He referred to Rule 148 of the Ontario Rules of Practice which is reproduced hereunder:

148. Any condition precedent, the performance or occurrence of which is intended to be contested, shall be

recommandé, dans le délai de 120 jours, conformément aux dispositions de la condition 3 du cautionnement. Un avis a aussi été transmis au ministre de l'Environnement dans le délai de 120 jours, mais par courrier ordinaire. Le débiteur principal n'a pas reçu d'avis écrit, mais a été tenu au courant des procédures et, de l'avis du juge de première instance, n'en a pas subi de préjudice. Les dispositions relatives à la notification n'ont donc pas été strictement observées avant le début des procédures. Il faut aussi signaler immédiatement que le ministre de l'Environnement retenait 81 264,12 \$ revenant à l'entreprise John Carlo Limited, en application de l'art. 11 de *The Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1970, chap. 267, c'est-à-dire 15 p. 100 du coût des travaux certifiés, achevés. Cette somme a été consignée au tribunal et répartie par jugement du 26 février 1979. L'intimée a été avisée de ces procédures, mais n'a pas agi et n'a pas participé à la distribution des sommes retenues.

Le juge de première instance a fait remarquer que l'intimée n'était pas partie au cautionnement et que normalement elle n'aurait pas de droit d'action directe à l'encontre de la caution. Il signale cependant que les dispositions du cautionnement constituent une fiducie entre le bénéficiaire et les réclamants et accordent à ces derniers un droit de poursuivre directement. Il a analysé l'argument selon lequel ce droit de poursuivre directement devrait dépendre de l'observation stricte de toutes les dispositions du cautionnement:

[TRADUCTION] En l'espèce, à la différence du cas des garanties d'exécution, la compagnie demanderesse me paraît avoir une cause indépendante d'action, différente du droit de poursuite accordé par le contrat. La fiducie est née en vertu du contrat, mais elle est régie par les conditions de la fiducie et non par celles du contrat et la société demanderesse n'est pas tenue d'observer les conditions relatives aux avis imposées par le contrat.

Il relève aussi que l'appelante n'a pas soulevé le moyen de défense relatif à l'omission de donner l'avis dans ses procédures écrites, même si l'intimée a affirmé dans les siennes avoir donné tous les avis requis. Il a mentionné la règle 148 des Règles de pratique de l'Ontario dont le texte suit:

[TRADUCTION] 148. Toute partie doit faire mention distinctement dans ses procédures écrites de toutes con-

distinctly specified in his pleading by the party relying thereon, and an averment of the performance or occurrence of all conditions precedent necessary for the case by the plaintiff or defendant shall be implied in his pleading.

After reviewing certain authorities, including Wiliston and Rolls, *The Law of Civil Procedure* (1970), he concluded:

... it is incumbent upon the defendant to raise the defence of lack of or improper notice by plea and if this defence is not pleaded then, in my opinion, the defence cannot succeed. I realize that this is a highly technical position but it is a technical defence.

He disposed of certain other defences which have not been pursued in this Court and then held that "the claimant is not required to seek recovery from all sources before claiming under the bond," in disposing of the argument that the respondent was required to exhaust its remedies under *The Mechanics' Lien Act* before suing on the bond.

The Court of Appeal expressed the view that the purpose of requiring notice to be served by registered mail was merely to avoid questions of proof as to the receipt of notice. It was then said:

The trial Judge has found that notice was given to all parties entitled to it. The fact that it was not given by the method specified in the bond should not, in our opinion, enable the Appellant to evade liability.

It then expressed agreement with the trial judge that the respondent was not required to seek recovery from all sources before claiming under the bond.

In this Court the appellant puts its argument upon two principal grounds. It contended, firstly, that the Courts below were in error in not holding that strict compliance with the notice provisions of the bond was a requirement before action could be brought and, secondly, that the respondent was obligated at law to exhaust remedies under *The Mechanics' Lien Act* and give credit for any

condition préalable dont elle entend contester l'accomplissement ou la réalisation, et il y a allégation implicite dans les procédures écrites du demandeur ou du défendeur de l'accomplissement ou de la réalisation de toutes les conditions préalables nécessaires à l'action.

Après avoir examiné certaines sources, dont Wiliston et Rolls, *The Law of Civil Procedure* (1970), il conclut:

[TRADUCTION] ... il appartient au défendeur de plaider le moyen fondé sur l'absence ou le vice de notification et s'il ne le fait pas alors, à mon avis, ce moyen de défense ne peut être accueilli. Je me rends compte que c'est une opinion très formaliste, mais il s'agit d'un moyen de défense très formaliste.

Il a aussi statué sur certains autres moyens de défense qui n'ont pas été invoqués devant cette Cour et a alors conclu que [TRADUCTION] «le réclamant n'est pas tenu d'épuiser toutes les sources de recouvrement avant de poursuivre en exécution du cautionnement»; il répondait ainsi à l'argument selon lequel l'intimée était tenue d'épuiser les recours qu'elle possédait en vertu de *The Mechanics' Lien Act* avant de poursuivre en vertu du cautionnement.

La Cour d'appel a exprimé l'avis que l'exigence de communication de l'avis par courrier recommandé a simplement pour but d'éviter des problèmes de preuve quant à la réception de cet avis. La Cour d'appel ajoute:

[TRADUCTION] Le juge de première instance a conclu que toutes les parties qui avaient droit à un avis l'ont reçu. Le fait qu'il n'ait pas été communiqué selon la méthode mentionnée au cautionnement ne devrait pas, à notre avis, permettre à l'appelante de se soustraire à sa responsabilité.

Elle se dit ensuite d'accord avec le juge de première instance que l'intimée n'était pas tenue d'épuiser toutes les sources de recouvrement avant de poursuivre en exécution du cautionnement.

Devant cette Cour, l'appelante invoque principalement deux moyens. Elle prétend d'abord que les cours d'instance inférieure ont commis une erreur en ne décidant pas que l'observation stricte des dispositions relatives aux avis contenues dans le cautionnement était une condition préalable à l'institution de l'action et, en second lieu, que l'intimée était obligée en droit d'épuiser tous les

amounts received from the hold-back in any claim against the surety.

I will deal first with the notice argument. It has already been pointed out that the appellant received notice in accordance with the provisions of the bond. The obligee, the Minister of the Environment, and the principal, the defaulting contractor, were also notified of the claim, although not in strict compliance with the method specified in the bond. It was found in the courts below, and indeed it was evident from the argument advanced in this Court, that the appellant, the obligee, and the principal all had full knowledge of the commencement of the proceedings within the time limited by the bond. None of them suffered any prejudice whatsoever by the departure from the strict wording of the instrument. The purposes of the giving of notice were in each case fully served. The appellant, the only one who complains in this Court, was given notice in full compliance with the terms of the bond. The defence advanced on this heading of the case was technical in the extreme.

The appellant concedes that the respondent has the right under the bond to sue directly for its performance notwithstanding the fact that it is not a party to it. It argues, however, that as a surety it can be made liable to pay the debt of the principal only in strict compliance with all the provisions of the bond. The requirement of the giving of notice prior to the commencement of action was not strictly complied with and, therefore, the respondent's action was not entitled to succeed. The appellant cited many cases illustrating this principle including *Capel v. Butler* (1825), 4 L.J. Ch. 69, where the failure by the creditor in his agreement to register mortgages on two ships which were to secure the payment of an annuity was held to discharge the surety; *Calvert v. London Dock Co.* (1838), 7 L.J. Ch. 90, where, pursuant to a performance bond, an owner was required to advance certain sums to the contractor, but advanced sums in excess of that amount. As a result, the surety was discharged; *Pearl v. Deacon*

recours possibles en vertu de *The Mechanics' Lien Act* et de défalquer de ce qu'elle réclamait à la caution toutes sommes qu'elle aurait reçues sur la retenue.

J'aborderai d'abord le moyen relatif aux avis. J'ai déjà indiqué que l'appelante a reçu notification des procédures conformément aux conditions du cautionnement. Le bénéficiaire, le ministre de l'Environnement et le débiteur principal, l'entrepreneur en défaut, ont aussi reçu notification de la réclamation, quoique cette notification n'ait pas été faite strictement selon la méthode indiquée dans le cautionnement. Les cours d'instance inférieure ont conclu et il est manifeste d'après l'argumentation soumise en cette Cour, que l'appelante, le bénéficiaire et le débiteur principal ont eu parfaitement connaissance du commencement des procédures à l'intérieur des délais mentionnés au cautionnement. Aucun d'entre eux n'a subi quelque préjudice que ce soit du fait de la dérogation aux termes précis du contrat. Le but des notifications a parfaitement été atteint dans tous les cas. L'appelante, qui est la seule à se pourvoir en cette Cour, a reçu un avis absolument conforme aux conditions du cautionnement. Le moyen de défense invoqué à ce titre est formaliste à l'extrême.

L'appelante admet que l'intimée a le droit de demander directement l'exécution du cautionnement, même si elle n'est pas partie à celui-ci. Elle soutient toutefois qu'elle ne peut être condamnée à payer la dette du débiteur principal, à titre de caution, que par application stricte de toutes les dispositions du cautionnement. La condition relative à la notification avant l'institution de l'action n'a pas été strictement observée et en conséquence l'action de l'intimée devait être rejetée. L'appelante a cité de nombreuses affaires qui appliquent ce principe, notamment *Capel v. Butler* (1825), 4 L.J. Ch. 69, dans laquelle l'omission par le créancier d'enregistrer, conformément au contrat, des hypothèques sur deux navires qui devaient garantir le paiement d'une annuité, libérait la caution; *Calvert v. London Dock Co.* (1838), 7 L.J. Ch. 90, dans laquelle, conformément à une garantie d'exécution, le propriétaire était tenu d'avancer des sommes à l'entrepreneur, mais lui a avancé des montants supérieurs au montant prévu; en consé-

(1856), 26 L.J. Ch. 761, where the application of security by a creditor to a different debt than the one guaranteed discharged the surety *pro tanto*; *Ievins v. Latvian (Toronto) Credit Union Ltd.* (1977), 19 O.R. (2d) 53, where failure in an agreement by the creditor to obtain a mortgage as security discharged the surety *pro tanto*; *Re Wolmershausen*; *Wolmershausen v. Wolmershausen* (1890), 62 L.T. 541, where release by a creditor of security for the debt discharged the surety *pro tanto*; *Bryans v. Peterson* (1920), 47 O.L.R. 298 (C.A.), where the lapse of a mortgage held as security by the creditor discharged the surety; and further cases such as *Royal Bank of Canada v. Girgulis*, [1979] 3 W.W.R. 451 (Sask.C.A.); *Bank of Montreal v. Robertson*, [1976] 5 W.W.R. 680 (B.C.S.C.) and *Rose v. Aftenberger*, [1970] 1 O.R. 547 (C.A.).

It will be observed that all these cases involved sureties of the type which have been described as accommodation sureties. This expression is taken to mean sureties who have entered into their contract of surety in the expectation of little or no remuneration and for the purpose of accommodating others or of assisting others in the accomplishment of their plans. In respect of them, the law has been astute to protect them by strictly construing their obligations and limiting them to the precise terms of the contract of surety. Any material variation in the terms of the guaranteed indebtedness and any extension of time or postponement of the debtor's obligation, or any discharge or relinquishment of any security for the debt without the consent of the surety will discharge him. In other words, courts have adopted the *strictissimi juris* construction of the surety contract.

In more recent times, particularly in the construction industry, the need for financial guarantees to ensure prompt payment for materials and labour supplied has seen the entry into this field of professional surety companies, often called bonding companies, which are frequently also engaged in the insurance business. Their business consists

quence la caution a été libérée; *Pearl v. Deacon* (1856), 26 L.J. Ch. 761, dans laquelle l'imputation faite par le créancier d'une sûreté à une dette différente de celle qui était garantie a libéré la caution *pro tanto*; *Ievins v. Latvian (Toronto) Credit Union Ltd.* (1977), 19 O.R. (2d) 53, dans laquelle l'omission par le créancier d'obtenir, selon les termes du contrat, une garantie hypothécaire a libéré la caution *pro tanto*; *Re Wolmershausen*; *Wolmershausen v. Wolmershausen* (1890), 62 L.T. 541, dans laquelle l'abandon par le créancier d'une sûreté à l'égard de la dette a libéré la caution *pro tanto*; *Bryans v. Peterson* (1920), 47 O.L.R. 298 (C.A.), dans laquelle la perte d'une hypothèque détenue à titre de sûreté par le créancier a eu pour effet de libérer la caution; et d'autres affaires comme *Royal Bank of Canada v. Girgulis*, [1979] 3 W.W.R. 451 (C.A.Sask.); *Bank of Montreal v. Robertson*, [1976] 5 W.W.R. 680 (C.S.C.-B.) et *Rose v. Aftenberger*, [1970] 1 O.R. 547 (C.A.).

Il y a lieu de noter que toutes ces affaires portent sur des cas de caution du type de celles qu'on a appelées cautions de complaisance. Cette expression désigne des cautions qui ont consenti le contrat de cautionnement en espérant peu de rétribution, si ce n'est aucune, et dans le but de rendre service à d'autres personnes ou de les aider à réaliser leur projet. En ce qui les concerne, la loi s'est avisée de les protéger en interprétant leurs obligations de façon stricte et en les limitant aux conditions précises du contrat de cautionnement. Toute modification substantielle des conditions de la dette garantie, toute prorogation de délai ou tout délai accordé au débiteur, toute remise ou abandon de sûreté à l'égard de la dette sans le consentement de la caution libérerait cette dernière. En d'autres termes, les cours ont adopté une interprétation *strictissimi juris* du contrat de cautionnement.

Plus récemment, dans l'industrie de la construction en particulier, la nécessité de garantir financièrement le paiement rapide de la fourniture de matériaux et de main-d'œuvre a provoqué l'arrivée dans ce domaine de sociétés commerciales de cautionnement, souvent appelées sociétés de garantie, qui sont fréquemment des entreprises dans le com-

of guaranteeing performance and payment in return for a premium. They are known as compensated sureties. It was argued that they should not be treated by the courts with the same solicitude reserved heretofore for accommodation sureties. The question of whether there should be a different judicial approach to compensated sureties than to accommodation sureties was raised as a ground of appeal in this Court in *Town of Truro v. Toronto General Insurance Co.*, [1974] S.C.R. 1129. Dickson J., who wrote the judgment of the Court, did not find it necessary to deal with the point since the appeal was decided upon other issues. The respondent contended, however, that the direction of jurisprudence in Canada dealing with labour and material payment bonds of the type in issue here has been toward a more liberal interpretation of such bonds in favour of the claimant. On this point the respondent cited no English authority and I have found none dealing directly with the point. Counsel did, however, cite Canadian and American authorities in support of his position.

The respondent's position on this point, as I understand it, is that a mere technical breach of the terms of a bond by an obligee or a claimant in advancing a claim should not permit the compensated surety to escape liability under its covenant where the technical breach complained of has not prejudiced the surety. It was argued that in the present case, despite a failure to comply strictly with the notice provisions of the bond, the object of those provisions (that is, full notification to the appellant, the obligee and the principal) was achieved before the action was commenced.

The respondent referred to several Canadian authorities. In *Town of Truro v. Toronto General Insurance Co.*, *supra*, a change in the ownership and control of the structure under construction without the surety's consent was held not to discharge the surety from liability under the bond because, despite the change, the surety's position

merce de l'assurance. Leurs opérations consistent à garantir l'exécution de contrats et le paiement de fournitures en considération d'une prime. On les désigne sous le nom de cautions rétribuées. On a soutenu que les cours ne devraient pas leur accorder la même sollicitude qu'elles ont démontrée envers les cautions de complaisance. Dans l'affaire *Ville de Truro c. Toronto General Insurance Co.*, [1974] R.C.S. 1129, on a soulevé la question de savoir si les cours devraient avoir envers les cautions rétribuées une attitude différente de celle qu'elles ont envers les cautions de complaisance. Le juge Dickson, qui a rédigé le jugement de la Cour, n'a pas estimé nécessaire de traiter cette question puisque le pourvoi a été tranché en fonction d'autres questions. L'intimée a pour sa part soutenu que la tendance de la théorie juridique canadienne relative au cautionnement pour le paiement des matériaux et de la main-d'œuvre comme celui en cause en l'espèce va dans le sens d'une interprétation de ces cautionnements plus favorable aux réclamants. Sur ce point précis, l'intimée n'a pu signaler de précédents anglais et je n'en ai pas trouvé qui portent directement sur le sujet. Son avocat a cependant cité des précédents canadiens et américains à l'appui de son argument.

L'argument de l'intimée sur ce point, si je comprends bien, veut que la simple inobservation formelle des conditions du cautionnement par un bénéficiaire ou l'auteur d'une réclamation ne devrait pas permettre à la caution rétribuée de se soustraire à la responsabilité qui découle de son engagement lorsque l'inobservation formelle que la caution invoque ne lui a pas causé de préjudice. On a soutenu en l'espèce que, malgré l'omission de se conformer strictement aux dispositions du cautionnement relatives aux avis, le but de ces dispositions (c.-à-d. la notification parfaite de l'appelant, du bénéficiaire et du débiteur principal) a été atteint avant l'institution de l'action.

L'intimée a invoqué plusieurs arrêts canadiens. Dans l'arrêt *Ville de Truro c. Toronto General Insurance Co.*, précité, on a jugé que le changement survenu dans la propriété et la direction de l'ouvrage en cours de construction sans le consentement de la caution ne libère pas celle-ci de la responsabilité créée par le cautionnement parce

was unaffected. In *La Rivière Inc. v. Canadian Surety Co.*, [1973] C.A. 150, the failure by an unpaid material man to preserve privileges under the *Civil Code* of Quebec was held not to discharge the surety from its obligations under a labour and material payment bond. That case is the subject of a helpful article, *Labour and Material Payment Bonds* (1973), 19 McGill L.J. 433, by N. H. Salomon. In the case of *Klockner-Moeller Ltd. v. Fidelity Insurance Company of Canada*, a 1977 unreported decision of the Supreme Court of Prince Edward Island, alleged irregularities or insufficiencies in the formation of a contract for the provision of materials by a material man to a defaulting sub-contractor were held not to deprive the material man who had supplied the goods of the protection of a bond. Finally, in *Alberta Concrete Products Co. Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1978), 15 A.R. 437, funds due and owing by an owner to a contractor as progress payments, after the contractor had made default in the agreement permitting such payment, were paid by the owner into court. Although no notice was given to the surety, the payment into court was held not to release him. These cases, all involving professional or compensated sureties, support the view of the respondent that surety contracts should be more liberally construed in favour of claimants in the case of compensated sureties than in the case of accommodation sureties.

Turning to the American authorities, the respondent referred to the following cases: *Fleisher Engineering & Construction Co. v. United States*, 311 U.S. 15 (1940); *Houston Fire and Casualty Insurance Co. v. United States*, 217 F.2d 727 (1954); *Liles Construction Co. v. United States*, 415 F.2d 889 (1969); *United States v. Cortelyou & Cole, Inc.*, 581 F.2d 239 (1978). These cases concerned the interpretation of the *Miller Act*, 40 U.S.C., s. 270b (1935), which enacts in statutory form provisions regarding notice of claims by sub-contractors claiming against sureties similar to

que, en dépit du changement, la situation de la caution ne se trouvait pas modifiée. Suivant l'arrêt *La Rivière Inc. c. Canadian Surety Co.*, [1973] C.A. 150, l'omission d'un fournisseur de matériaux impayé de conserver les privilèges que lui confère le *Code civil* du Québec ne libère pas la caution des obligations qu'elle a contractées en vertu d'un cautionnement pour le paiement de main-d'œuvre et de matériaux. Cet arrêt a fait l'objet d'un article utile, de N. H. Salomon intitulé *Labour and Material Payment Bonds* (1973), 19 McGill L.J. 433. Dans l'affaire *Klockner-Moeller Ltd. v. Fidelity Insurance Company of Canada*, qui est une décision inédite de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard rendue en 1977, l'allégation d'irrégularités et de défauts dans la formation du contrat de fourniture de matériaux intervenu entre un fournisseur et un sous-entrepreneur qui a fait défaut de payer n'a pas suffi à priver le fournisseur de matériaux de la protection du cautionnement. Enfin, dans l'affaire *Alberta Concrete Products Co. Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1978), 15 A.R. 437, des sommes dues par le propriétaire à un entrepreneur à titre de paiement selon l'avancement des travaux ont été consignées au tribunal après que l'entrepreneur eut manqué à l'engagement en vertu duquel ces paiements étaient autorisés. Même si aucun avis n'a été donné à la caution, il a été jugé que la consignation au tribunal ne la libérait pas. Ces affaires, qui mettent toutes en cause des cautions professionnelles ou cautions rétribuées appuient l'argument de l'intimée selon lequel il faut interpréter les contrats de cautionnement plus libéralement en faveur des réclamants s'il s'agit de cautions rétribuées plutôt que de cautions de complaisance.

Abordant ensuite la jurisprudence américaine, l'intimée a invoqué les décisions suivantes: *Fleisher Engineering & Construction Co. v. United States*, 311 U.S. 15 (1940); *Houston Fire and Casualty Insurance Co. v. United States*, 217 F.2d 727 (1954); *Liles Construction Co. v. United States*, 415 F.2d 889 (1969); *United States v. Cortelyou & Cole, Inc.*, 581 F.2d 239 (1978). Ces affaires portent sur l'interprétation de la *Miller Act*, 40 U.S.C., al. 270b (1935), qui consacre sous forme de texte de loi des dispositions relatives à des avis de réclamations que des sous-entrepreneurs adres-

those contained in the bond executed in this case. In each of the above cases, actual notice of claim was given before action commenced but not in the form required by the *Miller Act*. In each case the surety was nevertheless held to be bound by his contract of surety. They support the view that where notice in fact is given and no prejudice is caused to the surety, a mere technical failure to give notice in compliance with the Act will not enable a surety to escape liability. See also Simpson, *Handbook on the Law of Suretyship* (1950), at pp. 101 *et seq*, where the author discusses the clear distinction in United States courts between accommodation and compensated sureties.

It is clear that, while Canadian authority to date has tended to favour a more liberal approach to the consideration of the rights of claimants under bonds of this nature, it has not gone as far as the American courts in distinguishing the compensated from the accommodation surety. It is my view, however, that the rules which have been applied to accommodation sureties are in many ways unrealistic and inapplicable to cases where professional sureties, in the course of their ordinary business, undertake surety contracts for profit and thereby approach very closely the role of the insurer. The basis of the surety's liability must, of course, be found in the bond into which it has entered, but in the case of the compensated surety it cannot be every variation in the guaranteed contract, however minor, or every failure of a claimant to meet the conditions imposed by the bond, however trivial, which will enable the surety to escape liability. Where, as here, the object of the notice provisions in the bond has been fully achieved within the time limits imposed and where there has been no prejudice whatever to the appellant, the whole purpose for the obtaining of the bond would be defeated if the appellant were to be discharged. The failures complained of in this case in no way affect the relationship between the parties and in no way change the true basis of the bond contract. The appellant is simply faced with the duty of carrying

sent à des cautions et qui sont semblables à celles contenues dans le cautionnement intervenu en l'espèce. Dans chacune de ces affaires, on a effectivement donné un avis de la réclamation avant l'institution des procédures, mais on ne l'a pas fait selon les formalités prescrites par la *Miller Act*. Dans chaque cas, la caution a quand même été jugée tenue de respecter son contrat de cautionnement. Ces affaires appuient l'opinion selon laquelle, lorsque l'avis a effectivement été donné et qu'il n'y a pas de préjudice causé à la caution, la simple omission de donner l'avis en la manière prévue par la Loi ne permet pas à la caution de se dégager de sa responsabilité. Voir aussi l'ouvrage de Simpson, *Handbook on the Law of Suretyship* (1950), aux pp. 101 et suiv., dans lequel l'auteur analyse la distinction nette que font les tribunaux américains entre les cautions de complaisance et les cautions rétribuées.

Il est clair que, même si la jurisprudence canadienne a, à ce jour, eu tendance à adopter une attitude plus libérale en faveur des droits des réclamants en vertu de cautionnements de la nature de celui-ci, elle n'a pas encore été aussi loin que les tribunaux américains dans la distinction entre la caution rétribuée et la caution de complaisance. J'estime cependant que les règles appliquées aux cautions de complaisance sont à plusieurs titres irréalistes et inapplicables aux instances dans lesquelles des cautions professionnelles souscrivent, dans le cours ordinaire de leurs affaires, des contrats de cautionnement en vue d'un profit et remplissent en cela un rôle presque équivalent à celui d'un assureur. Le fondement de la responsabilité de la caution doit, bien sûr, être le cautionnement qu'elle a souscrit, mais dans le cas de caution rétribuée il ne faut pas que toutes les dérogations au contrat de garantie, même mineures, ni toutes les omissions du réclamant de se conformer aux conditions du cautionnement, si minimes soient-elles, permettent à la caution d'échapper à sa responsabilité. Lorsque, comme en l'espèce, le but des dispositions relatives aux avis dans le cautionnement a été atteint dans les délais prescrits et que l'appelante n'a subi aucun préjudice, l'objet même de la souscription du cautionnement se trouverait annihilé si l'appelante était libérée de son obligation. Les omissions qu'on invoque en l'espèce ne

out the bargain it made. I would not give effect to this ground of appeal.

On its second argument, the appellant argues that the claim of the respondent should fail because it did not pursue any remedy under *The Mechanics' Lien Act*. The evidence on this aspect of the case is not clear as to what steps were actually taken by the respondent under *The Mechanics' Lien Act* and no reason was given for its failure to proceed to judgment in the matter. Although it did not initiate the proceedings, it seems to have been a party to them but did not pursue them to a conclusion. A copy of the judgment in *The Mechanics' Lien Act* proceedings appears in the record and discloses that the respondent was served with notice of trial. It also discloses that \$81,264.12 was paid into court in full satisfaction of the obligation of the Minister of the Environment under s. 11 of *The Mechanics' Lien Act* to hold back 15 per cent of the contract price. The claims of certain claimants, including the respondent, were dismissed and the trial judge ordered the distribution of the hold-back fund in payment of claims and costs in the amount of \$71,711.75, leaving an undistributed balance of \$9,552.37. He ordered that this last mentioned sum remain in court until further order and we are without information as to any further disposition which may have been made of those funds.

The respondent points out, correctly in my view, that there is no requirement in the bond itself that a claimant must have recourse to other remedies before claiming on the bond. The appellant must therefore rely on the well-established principle that a creditor who holds security for the payment of a debt must protect it and be in a position upon payment of the debt by the surety to assign and deliver such security to the surety: see *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102. Any failure to preserve securities results in a discharge of the surety *pro tanto* (see, for example, *Pearl v. Deacon*, *supra*).

modifient nullement les rapports entre les parties et n'altèrent nullement le fondement même du contrat de cautionnement. L'appelante doit simplement exécuter l'obligation à laquelle elle s'est engagée. Je ne ferai pas droit à ce moyen d'appel.

Dans son second moyen, l'appelante soutient que la demande de l'intimée est irrecevable parce que cette dernière n'a pas exercé tous les recours que lui donnait *The Mechanics' Lien Act*. Pour cet aspect de l'affaire, le dossier n'indique pas clairement quelles mesures l'intimée a prises en application de cette loi et on ne nous a pas fourni de motif de son omission de demander jugement en l'espèce. Même si l'intimée n'a pas entamé les procédures, il semble qu'elle y ait été partie, mais s'est désistée avant le jugement. Au dossier, une copie du jugement rendu à la suite de la poursuite en vertu de *The Mechanics' Lien Act* indique que l'intimée a reçu signification de l'avis d'audition. Le jugement révèle également que la somme de 81 264,12 \$ a été consignée au tribunal en exécution parfaite de l'obligation du ministre de l'Environnement, conformément à l'art. 11 de *The Mechanics' Lien Act*, de retenir 15 p. 100 du prix du contrat. Les réclamations de certains réclamants, dont l'intimée, ont été rejetées et le juge de première instance a ordonné la distribution des sommes retenues en satisfaction des réclamations et des dépens pour la somme totale de 71 711,75 \$, laissant un solde non distribué de 9 552,37 \$. Il a ordonné que ce solde demeure consigné au tribunal jusqu'à une décision subséquente et nous n'avons aucun renseignement sur la façon dont on a pu disposer de cette somme par la suite.

L'intimée souligne, avec raison à mon avis, que le cautionnement ne contient aucune exigence en vertu de laquelle le réclamant doit exercer tous les autres recours avant de poursuivre en vertu du cautionnement. L'appelante doit donc s'appuyer sur le principe bien établi que le créancier d'une dette garantie doit conserver cette garantie et être en mesure, sur paiement de la dette par la caution, de subroger la caution dans ses droits à la garantie: voir *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102. L'omission de conserver les garanties emporte la libération de la caution *pro tanto* (voir, par exemple, *Pearl v. Deacon*, précité).

Even if the respondent's claim to the holdback fund can be characterized as a security, which is not free from doubt, there are other difficulties with the appellant's position. I am not convinced that the appellant was prejudiced at all by the respondent's failure to pursue its claim. If the respondent had recovered under the mechanics' lien action, the award to other claimants would have been reduced accordingly and, presumably, these other claimants would have made a claim against the surety under the bond. In other words, the appellant would have been no further ahead. As to the undistributed balance of \$9,552.37, there is nothing before this Court to indicate that this money is forever beyond the reach of the appellant. Another difficulty with the appellant's position is that the cases relied upon by it concern accommodation sureties. It may be that the discussion earlier in this judgment regarding a distinction between compensated and accommodation sureties may be relevant to this defence raised by the appellant, but for the purpose of this case it is not necessary to decide the issue.

I prefer for the purposes of this appeal to adopt the approach taken by the Quebec Court of Appeal in *La Rivière Inc. v. Canadian Surety Co.*, *supra*. In that case the surety under a bond similar to the one at bar raised the defence that the claimant had failed to exercise certain privileges against the land involved to which it was entitled under the *Civil Code* of Quebec before bringing action under the bond. It was asserted that since the benefit of the privileges had been lost by the claimant and the appellant could not therefore give subrogation to the surety, the surety was entitled to be discharged *pro tanto*. Rinfret, Casey and Hyde J.J.A. rejected this argument and Casey J.A. said, at p. 155:

With all respect I do not read this bond, and it is this document that evidences the agreement, as imposing on appellant the duty of subrogating respondent in the rights which it might have had under article 2013e C.C., and I consider as irrelevant the fact that it did not or

Même si la réclamation de l'intimée à l'égard des sommes retenues peut être considérée comme une garantie, ce qui est loin d'être certain, l'argument de l'appelante soulève d'autres difficultés. Je ne suis pas convaincu que l'appelante a subi un préjudice quelconque à cause de l'omission de l'intimée de faire valoir sa réclamation. Si l'intimée avait reçu des sommes en vertu de l'action sur privilège, le montant accordé aux autres réclameurs aurait été diminué d'autant et, vraisemblablement, ces autres demandeurs auraient réclamé leur dû à la caution en vertu du cautionnement. En d'autres mots, l'appelante en serait exactement au même point. Pour ce qui est du solde non distribué de 9 552,37 \$, aucun élément de preuve devant cette Cour n'indique que l'appelante est dans l'impossibilité de faire valoir ses droits sur ce montant. L'argumentation de l'appelante soulève une autre difficulté: toutes les causes qu'elle a invoquées ont trait à des cautions de complaisance. Il se peut que l'étude que j'ai faite plus tôt dans les présents motifs de la distinction entre les cautions rétribuées et les cautions de complaisance ait un rapport avec le moyen soulevé ici par l'appelante, mais pour les fins de l'espèce il n'est pas nécessaire de trancher cette question.

Pour les fins du présent pourvoi, je préfère adopter l'attitude choisie par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *La Rivière Inc. c. Canadian Surety Co.*, précité. Dans cette affaire, la caution qui avait souscrit un cautionnement semblable à celui en l'espèce, a invoqué comme moyen de défense que le demandeur ne s'était pas prévalu de certains privilèges sur le bien-fonds en cause auxquels le *Code civil* du Québec lui donnait droit avant d'intenter l'action en vertu du cautionnement. On a soutenu que puisque le réclameur avait laissé perdre le bénéfice des privilèges et que l'appelante ne pouvait consentir de subrogation à la caution, celle-ci avait le droit d'être libérée *pro tanto*. Les juges Rinfret, Casey et Hyde de la Cour d'appel ont rejeté cette prétention; le juge Casey dit, à la p. 155:

[TRADUCTION] Avec égards, je ne trouve pas que ce cautionnement, qui est le document qui fait foi du contrat intervenu, impose à l'appelante l'obligation de subroger l'intimée dans les droits qu'elle pouvait avoir en vertu de l'article 2013e) C.c., et je n'attache aucune

could not do so. Since this bond was there to protect the contractor and the owner against privileges and the like it is unreasonable to suggest that respondent's liability thereunder depends on its being enabled to exercise those same rights.

The same reasoning applied to the case at bar. To impose on a claimant an implied obligation to exhaust all other remedies before claiming under the bond would be to defeat the very purpose for which the bond was entered into. I would therefore refuse to give effect to this argument by the appellant. On this point I would refer again to Solomon's article, *Labour and Material Payment Bonds*, *supra*.

I would add in conclusion that neither the defence relating to absence of due notice nor that relating to the failure to exercise mechanics' lien claims were pleaded in the appellant's statement of defence. The respondent relied on Rule 148 of the Ontario Rules of Practice to argue that the notice defence should fail on that ground. While it is not necessary for me to deal with this point since I have formed the opinion that neither defence can succeed on the merits, it is my view that the trial judge was right upon this point. Rule 148 should have its effect and defences of this nature should be pleaded if they are to receive consideration by the Court. I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Bristow, Catalano, Moldaver & Gilgan, Toronto.

Solicitors for the respondent: Upshall, Mackenzie & Kelday, Brampton.

conséquence au fait qu'il ne l'ait pas fait ou qu'il n'ait pu le faire. Puisque le cautionnement existait pour protéger l'entrepreneur et la propriétaire contre les privilèges et autres choses semblables, il n'est pas raisonnable de prétendre que la responsabilité de l'intimée en vertu du cautionnement dépend de sa capacité d'exercer ces mêmes droits.

Le même raisonnement s'applique en l'espèce. Imposer à un demandeur l'obligation implicite d'épuiser tous les autres recours avant de demander l'exécution du cautionnement serait aller à l'encontre de l'objet même pour lequel le cautionnement a été consenti. En conséquence je suis d'avis de rejeter cette prétention de l'appelante. Sur ce moyen, je renvoie encore une fois à l'article de Salomon intitulé *Labour and Material Payment Bonds*, précité.

J'ajouterais pour conclure que ni le moyen de défense fondé sur l'absence d'avis ni celui qui a trait à l'omission d'exercer le privilège n'ont été invoqués dans la défense écrite de l'appelante. L'intimée a invoqué la règle 148 des Règles de pratique de l'Ontario pour soutenir que le moyen de défense fondé sur le défaut d'avis devrait être rejeté pour cette raison. Même s'il n'est pas nécessaire que je me prononce sur ce point, puisque je suis arrivé à l'avis que ni l'un ni l'autre des moyens de défense n'est fondé, j'estime que le juge de première instance a eu raison sur ce point. La règle 148 doit s'appliquer et les moyens de défense de cette nature doivent être mentionnés dans les procédures écrites pour que la Cour en tienne compte. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Bristow, Catalano, Moldaver & Gilgan, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Upshall, Mackenzie & Kelday, Brampton.