

E. Torkin & Co. Holdings Ltd. (Plaintiff)
Appellant;

and

Greystone Apartments Ltd. (Defendant)
Respondent.

1972: February 4; 1972: March 30.

Present: Martland, Ritchie, Hall, Spence and Laskin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Bills and notes—Cheques—Agreement for sale of lands—Previous agreement under separate and unrelated transaction for plumbing renovations—Funds paid by appellant to plumbing company on account not yet due—Appellant to be reimbursed by cheques drawn by respondent—Cheques to be credited on agreement for sale—Cheques dishonoured—Order nisi obtained for cancellation of agreement for sale—Whether action brought to recover on cheques precluded.

The appellant on December 16, 1968, entered into an agreement for the sale of lands to a motel company. Prior in time on August 30, 1968, in a separate and unrelated transaction, appellant had entered into an agreement with a plumbing company to do certain plumbing renovations. In April 1969, one H, who controlled the respondent and the plumbing and motel companies, requested that appellant pay to the plumbing company the sum of \$20,000 on account of the amounts which would be payable under the contract of August 30, 1968. No moneys were yet due and payable at that time. In fact it was arranged that the appellant would pay to the plumbing company the sum of \$40,000 which was done by cheque dated April 26th and receive in return therefor a cheque for \$20,000 dated April 26, 1969, and another cheque for \$20,000 dated June 10, 1969. The understanding was that both of these cheques would be credited on the agreement for sale. Both cheques were drawn by the respondent and were dishonoured when presented for payment. The appellant subsequently obtained an order *nisi* for cancellation of the agreement for sale. The order *nisi* provided for a redemption period of three months but no moneys were paid pursuant to the said order *nisi*.

E. Torkin & Co. Holdings Ltd. (Demanderesse)
Appelante;

et

Greystone Apartments Ltd. (Défenderesse)
Intimée.

1972: le 14 février; 1972: le 30 mars.

Présents: Les Juges Martland, Ritchie, Hall, Spence et Laskin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

Lettre de change et billet—Chèques—Contrat de vente de biens-fonds—Contrat antérieur distinct et indépendant pour travaux de rénovation de tuyauterie—Argents payés par l'appelante à la compagnie de tuyauterie bien qu'aucune somme n'était encore échue—Appelante devant être remboursée par chèques tirés par l'intimée—Chèques devant être crédités sur le contrat de vente—Chèques non honorés—Ordonnance provisoire d'annulation du contrat de vente—Recevabilité de l'action pour recouvrer le montant des chèques.

Le 16 décembre 1968, l'appelante a conclu avec une compagnie de motel un contrat de vente de biens-fonds. Auparavant, le 30 août 1968, dans un marché distinct et indépendant, l'appelante avait conclu avec une compagnie de tuyauterie un contrat par lequel cette dernière s'engageait à effectuer certains travaux de rénovation dans la tuyauterie d'un édifice. En avril 1969, H, qui contrôle l'intimée et les compagnies de tuyauterie et de motel, a demandé que l'appelante paye à la compagnie de tuyauterie la somme de \$20,000 à titre d'acompte à valoir sur les montants exigibles en vertu du contrat du 30 août 1968. A ce moment-là, aucune somme n'était encore échue. En réalité, l'appelante devait payer à la compagnie de tuyauterie la somme de \$40,000, et à cet effet elle a tiré le chèque du 26 avril et devait recevoir en retour un chèque de \$20,000 daté du 26 avril 1969, et un autre chèque de \$20,000 daté du 10 juin 1969. Il était entendu que ces deux chèques seraient crédités sur le contrat de vente. Les deux chèques ont été tirés par l'intimée et n'ont pas été honorés lorsqu'ils ont été présentés pour paiement. Subsequently, l'appelante a obtenu une ordonnance provisoire d'annulation du contrat de vente. Le délai de rachat prescrit dans l'ordonnance est de trois mois, mais aucune somme n'a été versée en conformité de ladite ordonnance provisoire.

In an action brought by the appellant to recover on the cheques of April 26, 1969, and June 10, 1969, the position of the respondent was that the appellant, having obtained the order *nisi* for cancellation of the agreement, was precluded from any further remedy against respondent under the personal covenant clause contained in the agreement. Effect was given to this contention by the trial judge who was of the opinion that, in the circumstances, the appellant could not recover "either on the original covenant, a guaranty given by a third party, a promise to pay by a third party or by the giving of cheques as in the instant case." On appeal, the trial judgment was upheld by the Court of Appeal.

Held: The appeal should be allowed.

The appellant had two valid bills of exchange made by the respondent. The cheques were given for valuable consideration and should have been paid when presented for payment. Respondent was a stranger to the agreement for sale under which appellant obtained the order *nisi*. The obligation of appellant to credit the proceeds of these cheques, if and when received, against the amount owing under the agreement for sale was a matter between it and its purchaser. Receipt of moneys by appellant under these cheques might well affect or suspend the operation of the order *nisi* between the parties thereto, but again that was a matter outside the scope of the controversy between appellant and respondent.

Davidson v. Sharpe, (1920), 60 S.C.R. 72; *Diebold v. Diebold*, [1941] S.C.R. 35, distinguished; *Edmonton Airport Hotel Co. Ltd. et al. v. Crédit Foncier Franco-Canadien*, [1965] S.C.R. 441, applied; *Traves v. Manchur, Manchur & Manchur Bros.* (1958), 26 W.W.R. 158, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan¹, dismissing an appeal from a judgment of Bence C.J.Q.B. Appeal allowed.

R. W. Thompson, for the plaintiff, appellant.

E. R. Gritzfeld, Q.C., for the defendant, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

HALL J.—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan which

¹ (1971), 26 D.L.R. (3d) 354.

Dans une action instituée par l'appelante pour recouvrer le montant des chèques du 26 avril 1969 et du 10 juin 1969, l'intimée a soutenu que l'appelante, ayant obtenu l'ordonnance provisoire d'annulation du contrat, n'était pas recevable à se prévaloir de quelque autre recours contre l'intimée en vertu de la clause d'obligation personnelle stipulée dans le contrat. Le juge de première instance a accueilli cette prétention, étant d'avis que, dans les circonstances, l'appelante ne pouvait pas obtenir un recouvrement «en vertu de l'obligation initiale, d'une garantie, d'une promesse de payer ou, comme en l'espèce, de chèques obtenus d'un tiers». Le jugement de première instance a été confirmé en appel.

Arrêt: L'appel doit être accueilli.

L'appelante a deux lettres de change valides tirées par l'intimée. Les chèques ont été tirés pour une contrepartie valable et auraient dû être honorés lorsqu'ils ont été présentés pour le paiement. L'intimée n'est pas partie au contrat de vente en vertu duquel l'appelante a obtenu l'ordonnance provisoire. L'obligation de l'appelante d'appliquer le montant de ces chèques, une fois reçu, au prix stipulé dans le contrat de vente concerne uniquement l'appelante et son acquéreur. Le fait que l'appelante a reçu de l'argent grâce à ces chèques peut bien influencer sur l'ordonnance provisoire ou en suspendre l'effet entre les parties à cette ordonnance, mais ici encore, cela ne concerne pas le litige entre l'appelante et l'intimée.

Distinction faite avec les arrêts: *Davidson c. Sharpe*, (1920), 60 R.C.S. 72; *Diebold c. Diebold*, [1941] R.C.S. 35. Arrêt suivi: *Edmonton Airport Hotel Co. Ltd. et al. c. Crédit Foncier Franco-Canadien*, [1965] R.C.S. 441. Arrêt mentionné: *Traves c. Manchur, Manchur & Manchur Bros.* (1958), 26 W.W.R. 158.

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel de la Saskatchewan¹, rejetant un appel d'un jugement du Juge en Chef Bence. Appel accueilli.

R. W. Thompson, pour la demanderesse, appelante.

E. R. Gritzfeld, c.r., pour la défenderesse, intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE HALL—Le présent appel est à l'encontre d'un jugement de la Cour d'appel de la

¹ (1971), 26 D.L.R. (3d) 354.

upheld the judgment of Bence C.J.Q.B. dismissing the appellant's action. The appellant sued respondent on two cheques for \$20,000 each dated April 26, 1969, and June 10, 1969, respectively which were dishonoured when presented for payment. The making of the cheques and their non-payment was admitted, so barring some tenable defence the appellant was entitled to judgment for the amount of the cheques.

The defence put forward by respondent had its genesis in two agreements as follows: appellant had on December 16, 1968, entered into an agreement with a company known as Southgate Motor Inn Ltd. for the sale to it of lands in the City of Regina for \$175,000 payable \$10,000 cash and the balance in semi-annual instalments of \$10,000 on March 1st and September 1st in each year. The respondent was not a party to that agreement. The purchaser under that agreement gave to the appellant a cheque for \$40,000 dated February 27, 1969, to be applied as a prepayment on the agreement. This cheque was never honoured. Prior in time on August 30, 1968, in a separate and unrelated transaction, appellant had entered into an agreement with another company, Comfort Plumbing & Heating Ltd., to do certain plumbing, renovations in the Leader-Post Building in Regina. This agreement called for payment of 50 per cent of the total charges for this work upon completion of the mechanical installations with the balance payable within one year of completion of contract. This was the situation when, on or about April 25, 1969, the series of transactions upon which respondent sought to avoid liability began.

Both parties accept the facts as set out by the learned trial judge in his reasons as follows:

On or about April 25, 1969, one Halfinger who controls both the defendant company (the respondent here), Comfort Plumbing & Heating Ltd., and the purchaser under the Agreement for Sale, Southgate Motor Inn Ltd., requested Torkin the principal shareholder of the plaintiff company to have the

Saskatchewan confirming la décision du Juge en chef Bence, de la Cour du banc de la reine, rejetant l'action de l'appelante. L'appelante a poursuivi l'intimée parce que deux chèques de \$20,000 chacun, datés respectivement du 26 avril 1969 et du 10 juin 1969, n'ont pas été honorés lorsqu'ils ont été présentés pour paiement. Il a été admis que ces chèques ont été tirés et que le paiement n'a pas été effectué, de sorte qu'à défaut de quelque défense valable, l'appelante aurait droit à un jugement en sa faveur jusqu'à concurrence du montant des chèques.

La défense présentée par l'intimée a pour fondement deux conventions: Le 16 décembre 1968, l'appelante a conclu avec une compagnie connue sous le nom de Southgate Motor Inn Ltd. un contrat de vente de biens-fonds situés dans Regina au prix de \$175,000, payable comme suit: \$10,000 comptant et le solde, en versements semestriels de \$10,000, à effectuer le 1^{er} mars et le 1^{er} septembre de chaque année. L'intimée n'était pas partie à ce contrat. En conformité de celui-ci, l'acquéreur a remis à l'appelante, à titre d'avance, un chèque de \$40,000, daté du 27 février 1969. Ce chèque n'a pas été honoré. Auparavant, le 30 août 1968, dans un marché distinct et indépendant, l'appelante avait conclu avec une autre compagnie, Comfort Plumbing & Heating Ltd., un contrat par lequel cette dernière s'engageait à effectuer certains travaux de rénovation dans la tuyauterie de l'édifice Leader-Post, à Regina. Ce contrat stipulait que 50 pour cent des frais globaux de ces travaux devaient être payés lorsque les installations mécaniques seraient prêtes, le solde devant être payé dans un délai d'un an à compter de l'achèvement des travaux. Telle était la situation lorsque, le 25 avril 1969 ou vers cette date, le premier des marchés à l'égard desquels l'intimée cherche à faire nier sa responsabilité a été conclu.

Les deux parties acceptent les faits que le savant juge de première instance a énoncés comme suit dans ses motifs:

[TRADUCTION] Le 25 avril 1969 ou vers cette date, un dénommé Halfinger, qui contrôle la compagnie défenderesse (intimée en cette Cour), Comfort Plumbing & Heating Ltd., ainsi que l'acquéreur en vertu du contrat de vente, Southgate Motor Inn Ltd., a demandé à Torkin, principal actionnaire de la

plaintiff pay to Comfort the sum of \$20,000 on account of the amounts which would be payable under the said contract of August 30, 1968. No monies were yet due and payable at that time.

Halfinger represented to Torkin that he needed this money very badly in order to meet an obligation to the bank on behalf of Comfort.

Halfinger and Torkin met on April 26th, when it was agreed that Torkin would pay the \$20,000. The arrangements that were worked out, however, were that in fact the plaintiff company would pay to Comfort the sum of \$40,000 which was done by a cheque dated April 26th and receive in return therefor a cheque for \$20,000 dated April 26, 1969, and another cheque for \$20,000 dated June 10, 1969. According to the uncontradicted evidence, the understanding was that both of these cheques would be credited on the Agreement for Sale. It was represented by Halfinger that the one dated April 26th would be honoured upon presentment.

The whole of the \$40,000 cheque from Torkin was to be applied on the plumbing account.

Both of these cheques were drawn by the defendant company. The explanation as to why the cheques were not turned over to Southgate and in turn paid by Southgate to the plaintiff is that an additional banking transaction would be obviated.

There is no doubt in my mind and I so find that the plaintiff company gave the cheque for \$40,000 at a time when he was not required to do so in consideration of the two cheques he received to be applied on the Agreement for Sale. It was understood that these would replace the cheque of February 27, 1969, for \$40,000.

This is an action to recover on the cheques of April 26, 1969, and June 10, 1969.

There is no doubt in my mind that Halfinger did represent that the cheque for \$20,000 of April 26, 1969, would be paid upon presentment. It was in fact deposited in the plaintiff's bank account on April 28th which was a Monday. It was returned in due course to the plaintiff on the ground that there were no funds to cover the same.

I find that Torkin would not have paid this \$40,000 if he had not been given this assurance.

An action for cancellation of the said Agreement for Sale was commenced on October 31, 1969, and an order *nisi* for cancellation granted on December 12, 1969. The order *nisi* provided for a redemption period of three months. The following is a portion of that order namely:

compagnie demanderesse, que cette dernière paie à Comfort la somme de \$20,000 à titre d'acompte à valoir sur les montants exigibles en vertu dudit contrat du 30 août 1968. A ce moment-là, aucune somme n'était encore échue.

Halfinger a déclaré à Torkin qu'il avait un besoin urgent de cet argent pour payer une dette que Comfort avait contractée avec une banque.

Halfinger et Torkin se sont rencontrés le 26 avril, et ont convenu que ce dernier paierait \$20,000. Toutefois, les arrangements étaient les suivants: en réalité, la compagnie demanderesse devait payer à Comfort la somme de \$40,000, et à cet effet elle a tiré le chèque du 26 avril, et devait recevoir en retour un chèque de \$20,000 daté du 26 avril 1969, et un autre chèque de \$20,000 daté du 10 juin 1969. D'après la preuve, par ailleurs incontestée, il était entendu que ces deux chèques seraient crédités sur le contrat de vente. Halfinger a déclaré que le chèque du 26 avril serait honoré sur présentation.

Le chèque de \$40,000, tiré par Torkin, devait être appliqué au compte de la tuyauterie.

Les chèques ont été tirés par la compagnie défenderesse. On a expliqué que s'ils n'avaient pas été remis à Southgate pour qu'elle paie la demanderesse, c'était pour éviter une opération bancaire additionnelle.

Je conclus sans la moindre hésitation que la compagnie demanderesse a tiré le chèque de \$40,000 alors qu'elle n'était pas tenue de le faire en contrepartie des deux chèques qu'elle a reçus, lesquels devaient être appliqués au contrat de vente. Il était entendu que ceux-ci remplaçaient le chèque de \$40,000 daté du 27 février 1969.

Par son action, la demanderesse cherche à recouvrer le montant des chèques du 26 avril 1969 et du 10 juin 1969.

Je ne doute aucunement que Halfinger a déclaré que le chèque de \$20,000, daté du 26 avril 1969, serait honoré sur présentation. De fait, il a été déposé au compte de banque de la demanderesse le 28 avril, un lundi. Il lui a éventuellement été renvoyé parce qu'il était sans provision.

Je conclus que Torkin n'aurait pas payé ce montant de \$40,000 en l'absence de pareille garantie.

Une action en annulation dudit contrat a été intentée le 31 octobre 1969; une ordonnance provisoire d'annulation a été accordée le 12 décembre 1969. Le délai de rachat prescrit dans l'ordonnance est de trois mois. Mentionnons le passage suivant de cette ordonnance.

"AND IT IS FURTHER ORDERED that the Defendant do pay into Court to the credit of this cause on or before the 12th day of March, A.D. 1970 the sum of \$172,657.81 together with interest on \$165,000.00 at the rate of 7% per annum from the first day of September, A.D. 1969, together with the costs of this action to be taxed.

AND IT IS FURTHER ORDERED AND DECREED that in default of payment into Court as aforesaid the agreement for sale sued on herein be cancelled and determined and that all monies paid thereunder by the defendant to the plaintiff be forfeited to and retained by the plaintiff; the said defendant and all persons claiming through or under it in possession to give up possession of the said premises to the plaintiff within twenty (20) days from the service upon them of a copy of the final order; provided, however, that upon payment of \$17,657.81, the sum in arrears as aforesaid, together with interest on \$165,000.00 at the rate of 7% per annum from the first day of September, A.D. 1969, and costs, the defendant (purchaser) shall thereupon be relieved from immediate payment of so much of the purchase money as may not have become payable by lapse of time."

No monies have been paid pursuant to the said order *nisi*.

On these facts, the position of the respondent was that appellant, having obtained the order *nisi* for cancellation of the agreement, was precluded from any further action or remedy against respondent under the personal covenant clause contained in the agreement. Counsel for respondent relied on *Davidson v. Sharpe*², *Diwold v. Diwold*³, and other authorities to the same effect.

The learned trial judge gave effect to this contention, saying:

It may well be that an action could have been properly maintained on the cheques after dishonour and before the obtaining of the order *nisi*. In such event, whatever monies were recovered, would be applied on the agreement and if an order *nisi* was obtained, it would be taken into consideration in the making of the necessary calculation. This would appear to be a logical proposition but it is not necessary for me to determine the point.

² (1920), 60 S.C.R. 72.

³ [1941] S.C.R. 35.

«IL EST EN OUTRE ORDONNÉ à la défenderesse de payer en cette Cour, dans la présente cause, le 12 mars 1970 au plus tard, la somme de \$172,657.81, ainsi que l'intérêt sur la somme de \$165,000.00, au taux de 7% l'an à compter du 1^{er} septembre 1969, et les dépens de l'action à être taxés.

IL EST EN OUTRE ORDONNÉ ET DÉCRÉTÉ qu'à défaut de paiement en cette Cour, tel que susdit, le contrat de vente faisant l'objet de la présente action sera annulé et prendra fin et que toutes les sommes versées en vertu de celui-ci par la défenderesse à la demanderesse reviendront à cette dernière qui les gardera; ladite défenderesse et tous ses ayants droit en possession des bien-fonds devront les remettre à la demanderesse dans un délai de vingt (20) jours à compter de la signification d'une copie de l'ordonnance finale; sous réserve toutefois que sur paiement de la somme de \$17,657.81, l'arriéré ci-dessus mentionné, ainsi que de l'intérêt sur la somme de \$165,000.00, au taux de 7% l'an, à compter du 1^{er} septembre 1969, et des dépens, la défenderesse (acquéreur) se trouvera libérée de l'obligation de payer immédiatement la partie du prix d'achat non encore échue.»

Aucune somme n'a été versée en conformité de ladite ordonnance provisoire.

Eu égard à ces faits, l'intimée a soutenu que l'appelante, ayant obtenu l'ordonnance provisoire d'annulation du contrat, n'était pas recevable à intenter une autre action ou à se prévaloir de quelque autre recours contre l'intimée en vertu de la clause d'obligation personnelle stipulée dans le contrat. L'avocat de l'intimée s'est fondé sur les causes *Davidson c. Sharpe*², et *Diwold c. Diwold*³, ainsi que sur d'autres précédents au même effet.

Le savant juge de première instance a accueilli cette prétention dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Il est bien possible qu'une action aurait pu être régulièrement accueillie à l'égard des chèques non honorés, avant d'obtenir l'ordonnance provisoire. En pareil cas, les sommes recouvrées seraient appliquées au contrat et si une ordonnance provisoire était obtenue, il en serait tenu compte en faisant les calculs requis. Cette proposition semble logique mais il n'est pas nécessaire que je tranche cette question.

² (1920), 60 R.C.S. 72.

³ [1941] R.C.S. 35.

The proceeds of the two cheques in question, although given by a third party, were to be applied on the purchase price of the agreement. There was consideration therefor.

The situation does not appear to be any different than that which exists when a promise is given by a third party for a consideration to pay something on account of the purchase price.

If, however, the purchase price has been extinguished by an order *nisi*, subject only to the right of the defendant to redeem, I fail to see how the plaintiff can recover either on the original covenant, a guaranty given by a third party, a promise to pay by a third party or by the giving of cheques as in the instant case.

I do not disagree with the conclusions in the last quoted paragraph, except in respect of the concluding words: "... a guaranty given by a third party, a promise to pay by a third party or by the giving of cheques as in the instant case." With respect, he extended the principle of the decisions in *Davidson* and *Diewold* too far by including a guarantor or a party in the position of the appellant here in his summation of the effect of those cases.

The appellant's position as stated by the learned trial judge was:

The plaintiff points out that the present action is not against the defendant in the foreclosure action nor is the action based on the covenant. The action is against Greystone Apartments Ltd. and the action is not based in Contract but rather under the *Bills of Exchange Act*, i.e. a statutory action.

At the time the cheques were given to the plaintiff by Greystone, it is submitted that a proper cause of action lay on them. It is submitted that by taking the Order out against Southgate Motor Inn Ltd., the order in no way precluded the action against Greystone Apartments Ltd. This applies the narrow interpretation of the Saskatchewan Court of Appeal to *Davidson vs. Sharp*, supra, as set forth in *Milos vs. Schmidt*, [1923] 1 W.W.R. 1444.

This Court had occasion to deal with a related situation in the case of *Edmonton Airport Hotel Co. Ltd. et al. v. Crédit Foncier Franco-Canadien*⁴, in which a guarantor sought to escape

Le montant des deux chèques en question, bien que ces chèques fussent tirés par un tiers, devait être appliqué au prix d'achat. Il y avait contrepartie.

Il semble que la situation soit la même que celle qui existe lorsqu'un tiers promet, pour une contrepartie, d'effectuer un paiement à valoir sur le prix d'achat.

Si toutefois le prix d'achat a été annulé par une ordonnance provisoire, sous réserve seulement du droit de la défenderesse au rachat, je ne puis voir comment il est possible à la demanderesse d'obtenir un recouvrement en vertu de l'obligation initiale, d'une garantie, d'une promesse de payer ou, comme en l'espèce, de chèques obtenus d'un tiers.

Je souscris aux conclusions du dernier paragraphe précité, sauf en ce qui concerne la fin du texte: «... d'une garantie, d'une promesse de payer ou, comme en l'espèce, de chèques obtenus d'un tiers». Je dois dire respectueusement que le juge a donné une portée trop étendue au principe établi dans les arrêts *Davidson* et *Diewold* en y incluant un garant ou un tiers dans la situation de l'appelante en l'espèce.

Le savant juge de première instance a décrit comme suit les prétentions de l'appelante:

[TRADUCTION] La demanderesse signale que la présente action n'est pas contre la défenderesse à l'action relative à la saisie et n'est pas fondée sur l'obligation personnelle. L'action a été intentée contre Greystone Apartments Ltd; elle n'est pas fondée sur le contrat mais sur la *Loi des lettres de change*; c'est donc une action fondée sur un texte législatif.

On soutient qu'au moment où les chèques ont été tirés par Greystone en faveur de la demanderesse, ils créaient une juste cause d'action. On soutient que l'ordonnance contre Southgate Motor Inn Ltd. n'empêche aucunement l'action contre Greystone Apartments, Ltd. Il est ainsi donné suite à l'interprétation restrictive donnée par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans les arrêts *Davidson v. Sharp*, précité, et *Milos v. Schmidt*, [1923] 1 W.W.R. 1444.

Cette Cour a eu l'occasion de se prononcer sur un cas analogue dans *Edmonton Airport Hotel Co. Ltd. et al. c. Crédit Foncier Franco-Canadien*⁴. Dans cette cause-là, le garant cherchait à échapper

⁴ [1965] S.C.R. 441.

⁴ [1965] R.C.S. 441.

liability on the grounds that under *The Judicature Act* of Alberta, R.S.A. 1955, c. 164, the right of a mortgagee was restricted to the land mortgage and that no right of action on the covenant was allowed. In his reasons, Judson J., giving the judgment of the Court, said:

Sections 34(17)(a) and 34(18) of *The Judicature Act* read as follows:

34. (17) In an action brought upon a mortgage of land whether legal or equitable, or upon an agreement for the sale of land, the right of the mortgagee or vendor thereunder is restricted to the land to which the mortgage or agreement relates and to foreclosure of the mortgage or cancellation of the agreement for sale, as the case may be, and no action lies

(a) on a covenant for payment contained in any such mortgage or agreement for sale.

34. (18) . . . and upon the making of any such vesting order or cancellation order, every right of the mortgagee or vendor for the recovery of any money whatsoever under and by virtue of the mortgage or agreement for sale in either case ceases and determines.

The first question that arises under this legislation is the company's defence that where a mortgage of land is involved, a collateral chattel mortgage for the same indebtedness or part of it is necessarily void because in an action upon a mortgage of land, the right of the mortgagee thereunder (*i.e.*, the mortgage of land) is restricted to the land, and that to enforce the security of the chattel mortgage would be another way of enforcing personal liability on the covenant to pay. In my opinion, which coincides with that of the trial judge and the majority in the Appellate Division, this submission was rejected by this Court in *Krook et al. v. Yewchuk et al.*, [1962] S.C.R. 535.

* * *

As to the guarantee, Superstein submitted that he was under no liability as guarantor since there was no debt owing by the principal debtor. He said that the effect of s. 34(17)(a) was to render it impossible that there should be any debt owing by the hotel company. The simple answer is that the hotel borrowed money from Crédit Foncier on the security of land and chattels. This borrowing was

à la responsabilité pour le motif qu'en vertu du *Judicature Act* de l'Alberta, R.S.A. 1955, c. 164, le droit du créancier hypothécaire porte uniquement sur le bien-fonds et qu'il n'existe aucun droit d'action fondé sur l'obligation personnelle. Dans les motifs qu'il a rendus au nom de la Cour, le Juge Judson a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Les articles 34(17)a) et 34(18) du *Judicature Act* se lisent comme suit:

34. (17) Dans une action qui découle d'une hypothèque immobilière, fondée en *common law* ou en *equity*, ou d'un contrat de vente d'un bien-fonds, le droit du créancier hypothécaire ou du vendeur est limité au bien-fonds concerné dans l'acte d'hypothèque ou dans le contrat et à la saisie relative à l'hypothèque ou à l'annulation du contrat de vente, selon le cas, et aucune action ne peut découler

a) d'une obligation de payer stipulée dans l'acte d'hypothèque ou dans le contrat de vente.

34. (18) . . . lorsqu'est rendue l'ordonnance d'attribution ou d'annulation, tout droit du créancier hypothécaire ou du vendeur au recouvrement de quelque somme que ce soit, en vertu de l'acte d'hypothèque ou du contrat de vente, se trouve éteint dans chaque cas.

La première question sur laquelle il faut se prononcer à l'égard de cette loi, c'est la défense présentée par la compagnie, soit que lorsqu'une hypothèque immobilière est en jeu, une hypothèque mobilière collatérale relative à la même dette ou à une partie d'icelle est nécessairement nulle parce que dans une action hypothécaire immobilière, le droit du créancier hypothécaire (soit l'hypothèque immobilière) porte uniquement sur le bien-fonds et qu'en réalisant la garantie donnée par l'hypothèque mobilière, il se trouverait en fait à réaliser une dette personnelle découlant de l'obligation de payer. J'estime, et mon avis est le même que celui du juge de première instance et de la majorité de la Cour d'appel que cette prétention a été repoussée par cette Cour dans *Krook et al. c. Yewchuk et al.*, [1962] R.C.S. 535.

* * *

En ce qui concerne la garantie, Superstein a soutenu qu'il n'était pas responsable en qualité de garant parce que le débiteur principal ne devait rien. Il a dit que l'art. 34(17)a) a pour effet d'empêcher la création d'une dette de la compagnie d'hôtellerie. La solution est simple: l'hôtel a emprunté de l'argent au Crédit Foncier en retour d'une garantie mobilière et immobilière. Cet emprunt n'était ni illégal ni *ultra*

neither illegal nor *ultra vires* and gave rise to a debt. *Swan v. Bank of Scotland*, (1836) 10 Bli. N.S. 627, does not apply. It was a case of illegality. But here, s. 34(17) is a procedural limitation. There was a borrowing and there was an unenforceable debt which will not disappear by the terms of s. 34(18) until a vesting order is made.

The answer here is that the appellant has two valid bills of exchange made by respondent. The cheques were given for valuable consideration and should have been paid when presented for payment: *Traves v. Manchur, Manchur and Manchur Bros.*⁵, at pp. 161-164. Respondent is a stranger to the agreement for sale under which appellant obtained the order *nisi*. The obligation of appellant to credit the proceeds of these cheques, if and when received, against the amount owing under the agreement for sale is a matter between it and its purchaser, Southgate Motor Inn Ltd. Receipt of moneys by appellant under these cheques may well affect or suspend the operation of the order *nisi* between the parties thereto, but again that is a matter outside the scope of the controversy between appellant and respondent.

I would, accordingly, allow the appeal with costs throughout. The appellant is entitled to judgment in the sum of \$40,000 as prayed for in the statement of claim.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Bayda, Halvorson, Scheibel & Thompson, Regina.

Solicitors for the defendant, respondent: Embury, Molisky, Gritzfeld & Embury, Regina.

vires; il en découlait une dette. La cause *Swan v. Bank of Scotland*, (1836) 10 Bli. N.S. 627, ne s'applique pas. Elle portait sur la question de l'illégalité. Mais en l'espèce, l'art. 34(17) impose des conditions de forme. Il y a eu emprunt et dette non exécutoire qui ne s'éteindra, aux termes de l'art. 34(18), que lorsqu'une ordonnance d'attribution sera rendue.

La réponse ici est que l'appelante a deux lettres de change valides tirées par l'intimée. Les chèques ont été tirés pour une contrepartie valable et auraient dû être honorés lorsqu'ils ont été présentés pour le paiement: *Traves v. Manchur, Manchur and Manchur Bros.*⁵, pp. 161-164. L'intimée n'est pas partie au contrat de vente en vertu duquel l'appelante a obtenu l'ordonnance provisoire. L'obligation de l'appelante d'appliquer le montant de ces chèques, une fois reçu, au prix stipulé dans le contrat de vente concerne uniquement l'appelante et l'acquéreur, Southgate Motor Inn Ltd. Le fait que l'appelante a reçu de l'argent grâce à ces chèques peut bien influencer sur l'ordonnance provisoire ou en suspendre l'effet entre les parties à cette ordonnance, mais ici encore, cela ne concerne pas le litige entre l'appelante et l'intimée.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens en toutes les Cours. L'appelante a droit à un jugement au montant de \$40,000, selon les conclusions de la déclaration.

Appel accueilli avec dépens.

Procureurs de la demanderesse, appelante: Bayda, Halvorson, Schiebel & Thompson, Regina.

Procureurs de la défenderesse, intimée: Embury, Molisky, Gritzfeld & Embury, Regina.

⁵ (1958), 26 W.W.R. 158.

⁵ (1958), 26 W.W.R. 158.