

Bank of Montreal *Appellant*

v.

**Enchant Resources Ltd. and
D. S. Willness** *Respondents***INDEXED AS: BANK OF MONTREAL v. DYNEX
PETROLEUM LTD.****Neutral citation: 2002 SCC 7.**

File No.: 27766.

Hearing and judgment: November 9, 2001.

Reasons delivered: January 24, 2002.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major,
Bastarache, Binnie and LeBel JJ.**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA***Commercial law — Oil and gas industry — Overriding
royalties — Whether overriding royalties arising from
working interest capable of being interest in land.*

The appellant Bank was a secured creditor of D, a corporation in liquidation. The trustee in bankruptcy wanted to sell all the oil and gas properties of D. One issue of concern was whether any such sale would be subject to overriding royalties arising out of the working interest held by D. Also, the respondents held overriding royalties and claimed priority over the Bank, as to the assets of D, because their interests, as protected by caveats filed in a land registration office, preceded the Bank's loans to D and its predecessors. The caveats claimed an interest in D's working interest as a result of services performed for D and/or its predecessors. The chambers judge granted the Bank's application for a preliminary determination finding that an overriding royalty interest cannot be an interest in land. The Court of Appeal set aside that decision, holding that overriding royalty interests can, subject to the intention of the parties, be interests in land.

Held: The appeal should be dismissed.**Banque de Montréal** *Appelante*

c.

**Enchant Resources Ltd. et
D. S. Willness** *Intimés***RÉPERTORIÉ : BANQUE DE MONTRÉAL c. DYNEX
PETROLEUM LTD.****Référence neutre : 2002 CSC 7.**

N° du greffe : 27766.

Audition et jugement : 9 novembre 2001.

Motifs déposés : 24 janvier 2002.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges
Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et
LeBel.**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA***Droit commercial — Industrie pétrolière et gazière —
Redevances dérogatoires — Une redevance dérogatoire
issue d'une participation directe peut-elle constituer un
intérêt foncier?*

La Banque appelante était un créancier garanti de D, société en voie de liquidation. Le syndic de faillite voulait vendre tous les avoirs gaziers et pétroliers de D. Se posait donc notamment la question de savoir si la vente serait conclue sous réserve des redevances dérogatoires provenant de la participation directe détenue par D. Par ailleurs, les intimés étaient titulaires de redevances dérogatoires et prétendaient prendre rang avant la Banque quant aux avoirs de D, parce que leurs intérêts, protégés par des oppositions déposées à un bureau d'enregistrement foncier, étaient antérieurs aux prêts consentis par la Banque à D et à ses prédécesseurs. Les oppositions faisaient valoir un intérêt dans la participation directe détenue par D par suite de la fourniture de services à D ou à ses prédécesseurs. Le juge en chambre a accueilli la demande présentée par la Banque en vue de faire statuer de façon préliminaire qu'un droit de redevance dérogatoire ne pouvait constituer un intérêt foncier. La Cour d'appel a infirmé cette décision, statuant qu'un droit de redevance dérogatoire peut constituer un intérêt foncier, à condition que telle soit l'intention des parties.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

The common law prohibition against the creation of an interest in land from an incorporeal hereditament is inapplicable to the oil and gas industry given its practices and the support found in the law. A royalty which is an interest in land may be created from an incorporeal hereditament such as a working interest or a *profit à prendre* if that is the intention of the parties.

Cases Cited

Referred to: *Berkheiser v. Berkheiser*, [1957] S.C.R. 387; *Saskatchewan Minerals v. Keyes*, [1972] S.C.R. 703; *Scurry-Rainbow Oil Ltd. v. Galloway Estate* (1993), 138 A.R. 321, aff'd (1994), 157 A.R. 65; *Canco Oil and Gas Ltd. v. Saskatchewan* (1991), 89 Sask. R. 37; *St. Lawrence Petroleum Ltd. v. Bailey Selburn Oil & Gas Ltd.*, [1963] S.C.R. 482; *Vanguard Petroleum Ltd. v. Vermont Oil & Gas Ltd.*, [1977] 2 W.W.R. 66; *Isaac v. Cook* (1982), 44 C.B.R. 39; *Guaranty Trust Co. v. Hetherington* (1987), 50 Alta. L.R. (2d) 193, aff'd in part [1989] 5 W.W.R. 340; *Vandergrift v. Coseka Resources Ltd.* (1989), 67 Alta. L.R. (2d) 17; *Nova Scotia Business Capital Corp. v. Coxheath Gold Holdings Ltd.* (1993), 128 N.S.R. (2d) 118; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34.

Authors Cited

Davies, G. J. "The Legal Characterization of Overriding Royalty Interests in Oil and Gas" (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 232.

Dukelow, Daphne A., and Betsy Nuse. *The Dictionary of Canadian Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, "corporeal hereditament", "incorporeal hereditament".

Ellis, W. H. "Property Status of Royalties in Canadian Oil and Gas Law" (1984), 22 *Alta. L. Rev.* 1.

Newman, J. Forbes. "Can a Gross Overriding Royalty Be an Interest in Land", in *Insight Educational Services, Oil & Gas Agreements Update*. Mississauga, Ont.: Insight Press, 1989.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1999), 74 Alta. L.R. (3d) 219, 255 A.R. 116, 220 W.A.C. 116, 182 D.L.R. (4th) 640, 2 B.L.R. (3d) 58, 15 C.B.R. (4th) 5, 15 P.P.S.A.C. (2d) 175, [2000] 2 W.W.R. 693, [1999] A.J. No. 1463 (QL), 1999 ABCA 363, reversing a judgment of the Court of Queen's Bench (1995), 39 Alta. L.R. (3d) 66, [1996] 6 W.W.R. 461, 11 P.P.S.A.C. (2d) 291, [1995] A.J. No. 1279 (QL). Appeal dismissed.

Richard B. Jones, for the appellant.

L'interdiction reconnue en common law de créer un intérêt foncier à partir d'un héritage incorporel est inapplicable à l'industrie gazière et pétrolière, étant donné ses pratiques et l'appui fourni par la jurisprudence. Une redevance qui est un intérêt foncier peut être créée à partir d'un héritage incorporel tel qu'une participation directe ou un profit à prendre, si telle est l'intention des parties.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Berkheiser c. Berkheiser*, [1957] R.C.S. 387; *Saskatchewan Minerals c. Keyes*, [1972] R.C.S. 703; *Scurry-Rainbow Oil Ltd. c. Galloway Estate* (1993), 138 A.R. 321, conf. par (1994), 157 A.R. 65; *Canco Oil and Gas Ltd. c. Saskatchewan* (1991), 89 Sask. R. 37; *St. Lawrence Petroleum Ltd. c. Bailey Selburn Oil & Gas Ltd.*, [1963] R.C.S. 482; *Vanguard Petroleum Ltd. c. Vermont Oil & Gas Ltd.*, [1977] 2 W.W.R. 66; *Isaac c. Cook* (1982), 44 C.B.R. 39; *Guaranty Trust Co. c. Hetherington* (1987), 50 Alta. L.R. (2d) 193, conf. en partie par [1989] 5 W.W.R. 340; *Vandergrift c. Coseka Resources Ltd.* (1989), 67 Alta. L.R. (2d) 17; *Nova Scotia Business Capital Corp. c. Coxheath Gold Holdings Ltd.* (1993), 128 N.S.R. (2d) 118; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842, 2000 CSC 34.

Doctrine citée

Davies, G. J. « The Legal Characterization of Overriding Royalty Interests in Oil and Gas » (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 232.

Dukelow, Daphne A., and Betsy Nuse. *The Dictionary of Canadian Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, « corporeal hereditament », « incorporeal hereditament ».

Ellis, W. H. « Property Status of Royalties in Canadian Oil and Gas Law » (1984), 22 *Alta. L. Rev.* 1.

Newman, J. Forbes. « Can a Gross Overriding Royalty Be an Interest in Land », in *Insight Educational Services, Oil & Gas Agreements Update*. Mississauga, Ont.: Insight Press, 1989.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1999), 74 Alta. L.R. (3d) 219, 255 A.R. 116, 220 W.A.C. 116, 182 D.L.R. (4th) 640, 2 B.L.R. (3d) 58, 15 C.B.R. (4th) 5, 15 P.P.S.A.C. (2d) 175, [2000] 2 W.W.R. 693, [1999] A.J. No. 1463 (QL), 1999 ABCA 363, infirmant un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1995), 39 Alta. L.R. (3d) 66, [1996] 6 W.W.R. 461, 11 P.P.S.A.C. (2d) 291, [1995] A.J. No. 1279 (QL). Pourvoi rejeté.

Richard B. Jones, pour l'appelante.

James C. Crawford, Q.C., Frank R. Dearlove and Scott H. D. Bower, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. —

I. Introduction

¹ This appeal arises from an application made by the appellant Bank of Montreal before the chambers judge in the Alberta Court of Queen's Bench for a determination that, as a matter of law, an overriding royalty is incapable of being an interest in land. The application was opposed by several defendants including the respondents in this Court, Enchant Resources Ltd. ("Enchant") and D. S. Willness ("Willness"), each holders of overriding royalties who claim their interests to be interests in land. The learned chambers judge allowed the Bank's application which the Alberta Court of Appeal reversed, holding that an overriding royalty is capable of being an interest in land. This appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed with reasons to follow.

II. Facts

² The material filed and submissions of counsel indicated that royalty arrangements are common forms of arranging exploration and production in the oil and gas industry in Alberta. Typically, the owner of minerals *in situ* will lease to a potential producer the right to extract such minerals. This right is known as a working interest. A royalty is an unencumbered share or fractional interest in the gross production of such working interest. A lessor's royalty is a royalty granted to (or reserved by) the initial lessor. An overriding royalty or a gross overriding royalty is a royalty granted normally by the owner of a working interest to a third party in exchange for consideration which could include, but is not limited to, money or services (e.g., drilling or geological surveying) (G. J. Davies, "The Legal Characterization of Overriding Royalty Interests in Oil and Gas" (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 232, at p. 233). The rights and obligations

James C. Crawford, c.r., Frank R. Dearlove et Scott H. D. Bower, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR —

I. Introduction

Le présent pourvoi vise une demande que la Banque de Montréal, appelante, a présentée à un juge de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta siégeant en chambre afin qu'il statue, en droit, qu'une redevance dérogatoire ne peut constituer un intérêt foncier. Plusieurs défendeurs se sont opposés à la demande. Au nombre des opposants figuraient les intimés devant notre Cour, Enchant Resources Ltd. (« Enchant ») et D. S. Willness (« Willness »), titulaires de redevances dérogatoires qui prétendaient détenir un intérêt foncier. Le juge a fait droit à la demande de la Banque. La Cour d'appel de l'Alberta a infirmé cette décision, statuant qu'une redevance dérogatoire peut être un intérêt foncier. Notre Cour a rejeté le pourvoi, avec motifs à suivre.

II. Les faits

Les pièces produites et les plaidoiries des avocats révèlent que les arrangements en matière de redevances sont de pratique courante en Alberta dans le secteur de l'exploration et de la production pétrolières et gazières. D'ordinaire, le propriétaire des minéraux *in situ* donne à bail à un producteur potentiel le droit d'extraire ces minéraux. Pour désigner ce droit, on utilise l'expression « participation directe ». Une redevance est une part ou participation fractionnaire non grevée dans la production brute issue de cette participation directe. La redevance du bailleur est une redevance accordée au bailleur initial (ou qu'il se réserve). Une redevance dérogatoire ou redevance dérogatoire brute est une redevance accordée normalement par le titulaire d'une participation directe à un tiers en échange d'une contrepartie qui peut comprendre notamment une somme d'argent ou des services (par exemple, le forage ou les études géologiques) (G. J. Davies,

of the two types of royalties are identical. The only difference is to whom the royalty was initially granted.

The appellant Bank of Montreal was a secured creditor of Dynex Petroleum Ltd. (“Dynex”), a corporation in liquidation. The trustee in bankruptcy wanted to sell all the oil and gas properties of Dynex. One issue was whether any such sale would be subject to overriding royalties arising out of the working interest held by Dynex. Also, there were several competing claims against the appellant, which by the time of this appeal had narrowed to the overriding royalties of the respondents Enchant and Willness, who claimed a preference by way of a caveat filed in the South Alberta Land Registration District, claiming an interest in Dynex’s working interest as a result of services performed for Dynex and/or its predecessors. The respondents claimed their royalty rights comprised interests in land and claimed priority over the appellant because their interests, as protected by caveats, preceded the appellant’s loans to Dynex and its predecessors. The appellant submitted that at common law an interest in land could not arise from an incorporeal hereditament and therefore the respondents’ overriding royalties (which arose from a working interest, an incorporeal hereditament) did not rank higher in priority than the appellant’s security interest.

This case pits this ancient common law rule against a common practice in the oil and gas industry. The Court is asked to resolve the apparent conflict.

III. Judicial History

The appellant applied to the Court of Queen’s Bench of Alberta ((1995), 39 Alta. L.R. (3d) 66) for a preliminary determination that the overriding royalty interests do not constitute interests in land. The learned chambers judge, Rooke J. in allowing the application held at para. 3 that:

« The Legal Characterization of Overriding Royalty Interests in Oil and Gas » (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 232, p. 233). Les mêmes droits et obligations se rattachent aux deux types de redevance. Seul les différencie le fait que la redevance n’est pas accordée initialement à la même personne.

La Banque de Montréal, appelante, était un créancier garanti de Dynex Petroleum Ltd. (« Dynex »), société en voie de liquidation. Le syndic de faillite voulait vendre tous les avoirs gaziers et pétroliers de Dynex. La question se posait donc de savoir si la vente serait conclue sous réserve des redevances dérogatoires provenant de la participation directe détenue par Dynex. De plus, l’appelante se voyait opposer plusieurs réclamations concurrentes dont ne subsistaient plus, au moment du présent pourvoi, que les redevances dérogatoires des intimés Enchant et Willness, qui revendiquaient un rang prioritaire en invoquant une opposition déposée au bureau d’enregistrement foncier du district du sud de l’Alberta, faisant valoir un intérêt dans la participation directe détenue par Dynex par suite de la fourniture de services à Dynex ou à ses prédécesseurs. Les intimés soutenaient que leurs droits de redevance comportaient des intérêts fonciers et prétendaient prendre rang avant l’appelante parce que leurs intérêts protégés par les oppositions étaient antérieurs aux prêts consentis par l’appelante à Dynex et à ses prédécesseurs. L’appelante a soutenu que, en common law, un intérêt foncier ne pouvait dériver d’un héritage incorporel et que, partant, les redevances dérogatoires des intimés (dérivées d’une participation directe et, donc, d’un héritage incorporel) ne prenaient pas rang avant la sûreté qu’elle détenait.

La présente affaire oppose cette ancienne règle de common law et une pratique courante du secteur pétrolier et gazier. La Cour est appelée à trancher ce conflit apparent.

III. Historique des procédures judiciaires

L’appelante a demandé à la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta ((1995), 39 Alta. L.R. (3d) 66) de statuer, par une décision préliminaire, que les droits de redevance dérogatoire ne constituaient pas des intérêts fonciers. Le juge Rooke siégeant en chambre a fait droit à la demande en ces termes, au par. 3 :

3

4

5

. . . as a matter of law, a lessee of an oil and gas lease (which is a *profit à prendre*), which is in itself an interest in land, obtained from a lessor (whether the Crown or freehold), cannot in law pass on an interest in land to a third party.

He also concluded that if an interest in land could issue from a *profit à prendre*, which he held that it could not, the matter could not be determined summarily as evidence would be necessary to examine the language of the instruments and the intentions of the parties.

6 After a review of policy considerations, industry practice and Canadian and United States case law, the Alberta Court of Appeal ((1999), 74 Alta. L.R. (3d) 219) concluded that overriding royalty interests can constitute interests in land if intended by the parties. For substantially the same reasons as the Court of Appeal, I conclude that overriding royalty interests can be interests in land.

IV. Issue

7 Can an overriding royalty issued from a working interest (an incorporeal hereditament) be an interest in land?

V. Analysis

8 At common law, an interest in land could issue from a corporeal hereditament but not from an incorporeal hereditament. “Corporeal hereditament” is defined by *The Dictionary of Canadian Law* (2nd ed. 1995) as:

1. A material object in contrast to a right. It may include land, buildings, minerals, trees or fixtures. . . .

2. Land. . . .

“Incorporeal hereditament” is defined as:

1. “(A right) . . . in land, which (includes) such things as rent charges, annuities, easements, profits à prendre, and so on.”. . .

[TRANSDUCTION] . . . en droit, le preneur à bail d’une concession pétrolière et gazière (qui est un profit à prendre), qui est en soi un intérêt foncier, obtenue d’un bailleur (location de la Couronne ou location à bail franche), ne peut, en common law, transmettre un intérêt foncier à un tiers.

Il a également conclu que, si un intérêt foncier pouvait dériver d’un profit à prendre — solution qu’il a écartée —, la question ne pourrait être tranchée sommairement, car une preuve serait nécessaire aux fins de l’examen des termes des instruments et de l’intention des parties.

Après avoir examiné les considérations de principe, la pratique du secteur d’activité en cause et la jurisprudence canadienne et américaine, la Cour d’appel de l’Alberta ((1999), 74 Alta. L.R. (3d) 219) a conclu que les droits de redevance dérogatoire pouvaient constituer des intérêts fonciers si telle était l’intention des parties. M’appuyant essentiellement sur les mêmes motifs que la Cour d’appel, je suis d’avis que les droits de redevance dérogatoire peuvent constituer des intérêts fonciers.

IV. La question en litige

Une redevance dérogatoire issue d’une participation directe (un héritage incorporel) peut-elle constituer un intérêt foncier?

V. Analyse

En common law, un intérêt foncier pouvait être issu d’un héritage corporel, mais non d’un héritage incorporel. Dans le *Dictionary of Canadian Law* (2^e éd. 1995), la notion de « *corporeal hereditament* » (héritage corporel) est définie comme suit :

[TRANSDUCTION]

1. Chose matérielle par contraste avec un droit. Peut s’entendre de fonds de terre, bâtiments, minéraux, arbres ou accessoires fixes. . . .

2. Fonds de terre. . . .

L’expression « *incorporeal hereditament* » (héritage incorporel) est définie comme suit :

[TRANSDUCTION]

1. « (Droit) . . . sur un fonds de terre, qui (inclut) des choses telles que les rentes-charges, annuités, servitudes, profits à prendre, etc. » . . .

2. Property which is not tangible but can be inherited. . . .

In *Berkheiser v. Berkheiser*, [1957] S.C.R. 387, at p. 392, Rand J. held that an oil and gas lease, the interest from which an overriding royalty is created, can be a *profit à prendre*, an interest in land. A *profit à prendre* is an incorporeal hereditament. The appellant has submitted that at common law, an interest in land could not issue from an incorporeal hereditament and therefore overriding royalties cannot be interests in land.

Canadian case law suggests otherwise. In *Saskatchewan Minerals v. Keyes*, [1972] S.C.R. 703, the majority declined to decide whether an overriding royalty could be an interest in land. However, Laskin J. in dissent specifically addressed that issue. He did not find the distinction between corporeal and incorporeal hereditaments to be useful in this context and discussed the difficulty of conforming new commercial concepts to anachronistic categories at p. 722:

The language of “corporeal” and “incorporeal” does not point up the distinction between the legal interest and its subject-matter. On this distinction, all legal interests are “incorporeal”, and it is only the unconfronted force of a long history that makes it necessary in this case to examine certain institutions of property in the common law provinces through an antiquated system of classification and an antiquated terminology. The association of rents and royalties has run through the cases (as in *Re Dawson and Bell*, *supra*, the *Berkheiser* case, *supra*, and cf. *Attorney-General of Ontario v. Mercer*, at p. 777) but without the necessity hitherto in this Court to test them against the common law classifications of interests in land or to determine whether those classifications are broad enough to embrace a royalty in gross.

Laskin J. referred to *Berkheiser*, *supra*, where Rand J. held that a royalty was analogous to rent. While that case involved a lessor’s royalty, Laskin J. found that although theoretically the holder of a lessor’s royalty holds an interest in reversion, whereas the holder of an overriding royalty does not, since in essence the two interests are identical,

2. Bien qui n’est pas matériel, mais qui peut être transmis par voie héréditaire . . .

Dans *Berkheiser c. Berkheiser*, [1957] R.C.S. 387, p. 392, le juge Rand a décidé qu’une concession pétrolière et gazière, l’intérêt dont est issue une redevance dérogatoire, peut être un profit à prendre, un intérêt foncier. Un profit à prendre est un héritage incorporel. L’appelante a prétendu que, en common law, un intérêt foncier ne pouvait être issu d’un héritage incorporel et que, par conséquent, les redevances dérogatoires ne pouvaient pas constituer des intérêts fonciers.

La jurisprudence canadienne semble indiquer le contraire. Dans *Saskatchewan Minerals c. Keyes*, [1972] R.C.S. 703, la Cour suprême à la majorité s’est abstenue de décider si une redevance dérogatoire pouvait constituer un intérêt foncier. Toutefois, le juge Laskin, dissident, s’est intéressé précisément à cette question. Il n’a pas jugé la distinction entre les héritages corporels et incorporels utile dans ce contexte et il a traité de la difficulté de concilier les concepts modernes du commerce et les catégories anachroniques à la p. 722 :

Les expressions « corporel » et « incorporel » ne font pas ressortir la distinction entre l’intérêt en droit et l’objet auquel il se rattache. D’après cette distinction tous les intérêts en droit sont « incorporels », et c’est l’autorité jamais attaquée d’une longue évolution historique qui nous oblige ici à étudier certaines institutions de la propriété dans les provinces régies par la *common law* au moyen d’un système de classification suranné et d’une terminologie surannée. Les rentes et les redevances ont été associées dans la jurisprudence (par exemple, dans les cause *Re Dawson and Bell* et *Berkheiser*, précitées; voir aussi *Attorney General of Ontario v. Mercer*, p. 777), mais jusqu’à maintenant, cette Cour n’a jamais eu à les analyser en regard de la classification des intérêts dans un bien-fonds en *common law*, ni à déterminer si cette classification est assez générale pour englober une redevance existant par elle-même.

Le juge Laskin s’est reporté à la décision *Berkheiser*, précitée, où le juge Rand a décidé qu’une redevance était assimilable à une rente. Bien que cette affaire ait porté sur une redevance de bailleur, le juge Laskin a estimé que, même si en théorie le titulaire d’une redevance de bailleur détient un intérêt de réversion, ce qui n’est pas le

9

10

11

there should be no distinction between the two royalty interests in their treatment as interests in land. The effect of Laskin J.'s reasons was to render inapplicable, at least insofar as overriding royalties, the common law rule against creating interests in land out of incorporeal interests.

cas du titulaire d'une redevance dérogatoire, il n'y avait pas lieu de faire de distinction entre ces deux redevances dans l'effet qui leur est attribué à titre d'intérêts fonciers, puisque les deux intérêts sont essentiellement identiques. Les motifs du juge Laskin ont eu pour effet de rendre inapplicable, du moins quant aux redevances dérogatoires, la règle de common law interdisant la création d'intérêts fonciers à partir d'intérêts incorporels.

12 Laskin J. concluded that the overriding royalty was an interest in land, analogous to a rent-charge. It is significant that he did not find all overriding royalty interests to be interests in land. He held that the intentions of the parties judged by the language creating the royalty would determine whether the parties intended to create an interest in land or to create contractual rights only.

Le juge Laskin a conclu que la redevance dérogatoire était un intérêt foncier, analogue à une rente-charge. Il est significatif qu'il n'ait pas jugé que toutes les redevances dérogatoires étaient des intérêts fonciers. Il a estimé que les intentions des parties révélées par les termes du contrat de redevance permettraient de décider si les parties avaient l'intention de créer un intérêt foncier ou uniquement des droits contractuels.

13 In *Scurry-Rainbow Oil Ltd. v. Galloway Estate* (1993), 138 A.R. 321 (Q.B.), aff'd (1994), 157 A.R. 65 (C.A.), and in *Canco Oil and Gas Ltd. v. Saskatchewan* (1991), 89 Sask. R. 37 (Q.B.), Hunt J. and Matheson J. respectively relied upon the dissent in *Keyes, supra*, to find that lessor royalties can be interests in land depending on the intentions of the parties and the language used to create the interest. The Court of Appeal in *Scurry-Rainbow* did not base its decision on this issue.

Dans *Scurry-Rainbow Oil Ltd. c. Galloway Estate* (1993), 138 A.R. 321 (B.R.), conf. par (1994), 157 A.R. 65 (C.A.), et dans *Canco Oil and Gas Ltd. c. Saskatchewan* (1991), 89 Sask. R. 37 (B.R.), les juges Hunt et Matheson, respectivement, se sont fondés sur l'opinion dissidente exprimée dans *Keyes*, précité, pour conclure que les redevances de bailleur pouvaient être des intérêts fonciers selon les intentions des parties et les termes employés pour créer l'intérêt. La Cour d'appel dans *Scurry-Rainbow* n'a pas fondé sa décision sur cette question.

14 The appellant referred to cases that held royalty interests not to be interests in land. (See *St. Lawrence Petroleum Ltd. v. Bailey Selburn Oil & Gas Ltd.*, [1963] S.C.R. 482; *Vanguard Petroleums Ltd. v. Vermont Oil & Gas Ltd.*, [1977] 2 W.W.R. 66 (Alta. S.C.T.D.); *Isaac v. Cook* (1982), 44 C.B.R. 39 (N.W.T.S.C.); *Guaranty Trust Co. v. Hetherington* (1987), 50 Alta. L.R. (2d) 193 (Q.B.), aff'd in part [1989] 5 W.W.R. 340 (Alta. C.A.); *Vandergrift v. Coseka Resources Ltd.* (1989), 67 Alta. L.R. (2d) 17 (Q.B.); *Nova Scotia Business Capital Corp. v. Coxheath Gold Holdings Ltd.* (1993), 128 N.S.R. (2d) 118 (S.C.).) Although each of these cases held that the royalty therein is not an interest in land, they do not support the proposition that a royalty cannot be an interest in land. In each case the court found

L'appelante a cité des décisions où il a été jugé que des droits de redevance n'étaient pas des intérêts fonciers. (Voir *St. Lawrence Petroleum Ltd. c. Bailey Selburn Oil & Gas Ltd.*, [1963] R.C.S. 482; *Vanguard Petroleums Ltd. c. Vermont Oil & Gas Ltd.*, [1977] 2 W.W.R. 66 (C.S. 1^{re} inst. Alb.); *Isaac c. Cook* (1982), 44 C.B.R. 39 (C.S.T.N.-O.); *Guaranty Trust Co. c. Hetherington* (1987), 50 Alta. L.R. (2d) 193 (B.R.), conf. en partie par [1989] 5 W.W.R. 340 (C.A. Alb.); *Vandergrift c. Coseka Resources Ltd.* (1989), 67 Alta. L.R. (2d) 17 (B.R.); *Nova Scotia Business Capital Corp. c. Coxheath Gold Holdings Ltd.* (1993), 128 N.S.R. (2d) 118 (C.S.).) Bien que dans toutes ces décisions, il ait été statué que la redevance en cause n'était pas un intérêt foncier, elles ne permettent pas d'affirmer qu'une redevance ne peut

that the language used by the parties in creating the interest did not evidence the intention to create an interest in land.

That royalties can be interests in land finds support in W. H. Ellis's "Property Status of Royalties in Canadian Oil and Gas Law" (1984), 22 *Alta. L. Rev.* 1, at p. 10:

Royalties, as used in the oil and gas industry, make sense only if they are property interests in unproduced minerals. Owners of mineral rights should be able to create them as such if they make clear their intent to do so.

In *Oil & Gas Agreements Update* (1989), J. F. Newman in his article "Can a Gross Overriding Royalty Be an Interest in Land?" concludes that most parties to an overriding royalty interest intend for such interest to be an interest in land. Evidence of this is the common practice of registering caveats in the Land Titles Office of Alberta seeking to protect that interest.

The oil and gas industry, which developed largely in the second half of the 20th century and continues to evolve, is governed by a combination of statute and common law. The application of common law concepts to a new or developing industry is useful as it provides the participants in the industry and the courts some framework for the legal structure of the industry. It should come as no surprise that some common law concepts, developed in different social, industrial and legal contexts, are inapplicable in the unique context of the industry and its practices.

The appellant could not offer any convincing policy reasons for maintaining the common law prohibition on the creation of an interest in land from an incorporeal hereditament other than fidelity to common law principles. Given the custom in the oil and gas industry and the support found in case

jamais être un intérêt foncier. Dans chacune, la cour a conclu que les termes employés par les parties pour créer l'intérêt ne révélaient pas l'intention de créer un intérêt foncier.

La thèse selon laquelle les redevances peuvent constituer des intérêts fonciers est étayée par l'article de W. H. Ellis, « Property Status of Royalties in Canadian Oil and Gas Law » (1984), 22 *Alta. L. Rev.* 1, p. 10 :

[TRADUCTION] Les redevances, telles qu'utilisées dans le secteur des hydrocarbures, n'ont de sens que si elles constituent des intérêts de propriété dans les minéraux non encore produits. Les titulaires des droits miniers doivent pouvoir créer de tels intérêts, s'ils précisent clairement que telle est leur intention.

Dans l'article intitulé « Can a Gross Overriding Royalty Be an Interest in Land? », publié dans *Oil & Gas Agreements Update* (1989), J. F. Newman conclut que, la plupart du temps, il est de l'intention des parties à un contrat de redevance dérogatoire que le droit de redevance constitue un intérêt foncier. En fait foi la pratique courante qui consiste à enregistrer des oppositions au bureau d'enregistrement des titres fonciers de l'Alberta afin de protéger ces intérêts.

Le secteur des hydrocarbures, qui s'est développé en grande partie dans la seconde moitié du XX^e siècle et continue d'évoluer, est régi par un ensemble de lois et de règles de common law. L'application des notions de common law à une industrie nouvelle ou en évolution est utile, car elle fournit aux intervenants de l'industrie et aux tribunaux un cadre juridique à l'intérieur duquel structurer les activités de ce secteur. Il n'est guère étonnant que certaines notions de common law élaborées dans des contextes sociaux, industriels et juridiques différents soient inapplicables dans le contexte particulier de ce secteur d'activité et de ses pratiques.

L'appelante n'a pu invoquer aucune raison de principe convaincante justifiant le maintien de la règle de common law qui interdit la création d'un intérêt foncier à partir d'un héritage incorporel, si ce n'est la fidélité aux principes de common law. Étant donné, d'une part, la coutume dans le secteur des

15

16

17

18

law, it is proper and reasonable that the law should acknowledge that an overriding royalty interest can, subject to the intention of the parties, be an interest in land.

19 The Alberta Court of Appeal offered compelling insight into the evolution of the law at para. 52:

The principles inherent in the above argument need not be applied to prevent an overriding royalty from being an interest in land for a number of reasons. First, royalties and ORRs need not be classified into a traditional common law property category unsuited to the realities of the oil and gas industry and need not be subject to the arcane strictures of traditional categories. Second, some authorities suggest it is possible to have an incorporeal interest (an overriding royalty) created from an incorporeal interest. Third, even if it is not possible, the rule need not be blindly adhered to because, as stated by Mr. Justice Holmes in “The Path of the Law” (1897) 10 Harv. L. Rev. 457 at p. 469, it is “revolting to have no better reason for a rule of law than that so it was laid down in the time of Henry IV,” and “still more revolting if the grounds upon which it was laid down have vanished long since, and the rule persists from blind imitation of the past.”

20 In *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34, at para. 42, Bastarache J. outlined when changes to the rules of common law are necessary:

- (1) to keep the common law in step with the evolution of society,
- (2) to clarify a legal principle, or
- (3) to resolve an inconsistency.

In addition, the change should be incremental, and its consequences must be capable of assessment.

21 In this appeal, to clarify the status of overriding royalties, the prohibition of the creation of an interest in land from an incorporeal hereditament is inapplicable. A royalty which is an interest in land may be created from an incorporeal hereditament such as

hydrocarbures et, d’autre part, l’appui fourni par la jurisprudence, il est opportun et raisonnable que la loi reconnaisse qu’un droit de redevance dérogatoire peut constituer un intérêt foncier, à condition que telle soit l’intention des parties.

La Cour d’appel de l’Alberta nous offre des réflexions convaincantes sur l’évolution du droit, au par. 52 :

[TRADUCTION] Il n’est pas nécessaire d’appliquer les principes qui se dégagent de l’argument précité pour empêcher qu’une redevance dérogatoire ne constitue un intérêt foncier, et ce pour plusieurs raisons. D’abord, il n’est pas nécessaire de classer les redevances et les redevances dérogatoires dans les catégories classiques du droit des biens en common law qui ne s’accordent pas avec les réalités du secteur pétrolier et gazier, ni de les assujettir aux définitions ésotériques des catégories classiques. Ensuite, certaines sources semblent indiquer qu’il est possible qu’un intérêt incorporel (une redevance dérogatoire) soit créé à partir d’un intérêt incorporel. Enfin, même si cela n’était pas possible, nous ne serions pas tenus de suivre la règle aveuglément, puisque, pour reprendre les propos du juge Holmes dans « The Path of the Law » (1897) 10 Harv. L. Rev. 457, p. 469, il est « choquant que la valeur d’une règle de droit ne tienne qu’à son ancienneté, dût-elle remonter à Henri IV », et « encore plus choquant que son fondement ait disparu depuis longtemps, mais qu’elle subsiste en raison d’un passéisme aveugle. »

Dans *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842, 2000 CSC 34, par. 42, le juge Bastarache a mis en lumière les cas où une modification de la common law sera nécessaire :

- (1) pour permettre à la common law de suivre l’évolution de la société;
- (2) pour préciser un principe de droit;
- (3) pour éliminer une contradiction.

De plus, la modification doit être graduelle et ses conséquences doivent pouvoir être évaluées.

Dans le présent pourvoi, pour préciser le droit en matière de redevances dérogatoires, l’interdiction de créer un intérêt foncier à partir d’un héritage incorporel est inapplicable. Une redevance qui est un intérêt foncier peut être créée à partir d’un héritage

a working interest or a *profit à prendre*, if that is the intention of the parties.

Virtue J. in *Vandergrift*, *supra*, at p. 26, succinctly stated:

. . . it appears reasonably clear that under Canadian law a “royalty interest” or an “overriding royalty interest” can be an interest in land if:

1) the language used in describing the interest is sufficiently precise to show that the parties intended the royalty to be a grant of an interest in land, rather than a contractual right to a portion of the oil and gas substances recovered from the land; and

2) the interest, out of which the royalty is carved, is itself an interest in land.

VI. Conclusion

The appeal is dismissed with costs to the respondents.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Jones, Rogers, Toronto.

Solicitors for the respondents: McDonald Crawford; Bennett Jones, Calgary.

incorporel tel qu’une participation directe ou un profit à prendre, si telle est l’intention des parties.

Dans *Vandergrift*, précité, p. 26, le juge Virtue dit succinctement :

[TRANSLATION] . . . il semble assez clair que, selon le droit canadien, un droit de redevance ou un droit de redevance dérogatoire peut être un intérêt foncier si les conditions suivantes sont réunies :

(1) les termes employés pour décrire l’intérêt sont suffisamment précis pour démontrer l’intention des parties que la redevance constitue un intérêt foncier, plutôt qu’un droit contractuel sur une fraction des hydrocarbures extraits du sol;

(2) l’intérêt dont est issue la redevance est lui-même un intérêt foncier.

VI. Conclusion

Le pourvoi est rejeté avec dépens en faveur des intimés.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l’appelante : Jones, Rogers, Toronto.

Procureurs des intimés : McDonald Crawford; Bennett Jones, Calgary.

22

23