

The Public Trustee, Trustee of the Estate of James Wilson Berry, deceased (*Defendant*)
Appellant;

and

Guaranty Trust Company of Canada
(*Plaintiff*) *Respondent*;

and

Edward Thomas Berry (*Defendant*).

1980: June 18; 1980: October 7.

Present: Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Estates — Practice — Writ of summons — Action brought by company in its corporate capacity against co-executor and itself in its representative capacity as one of the personal representatives of an estate — Executors removed after writ issued — Whether or not the action was a nullity — If the writ of summons was irregular, whether or not the defect had been cured by the order removing the executors and trustees, including the company, and appointing the Public Trustee in their stead — Rules of Practice of the Supreme Court of Ontario, Rules 124 and 186 — The Trustee Act, R.S.O. 1970, c. 470, ss. 38(2), 50(1).

An action was brought by Guaranty Trust, in its corporate capacity, in May 1975, against Guaranty Trust and Edward T. Berry as executors and trustees of the estate of James W. Berry, and Edward T. Berry, two of its former officers. The wrongful conduct of the Berrys as officers of the company had given rise to Guaranty Trust's cause of action and was unknown to Guaranty Trust when letters probate were granted in September 1970. On Guaranty Trust's application for removal as executor and trustee, Maloney J., in June 1977, ordered the removal of both Guaranty Trust and Edward T. Berry and appointed the Public Trustee in their stead. Edward T. Berry, who was also the principal beneficiary of the will, unsuccessfully appealed that order to the Court of Appeal.

The proceedings on this appeal originated by an application to the Supreme Court of Ontario for its direction concerning certain questions arising under the pleadings.

This appeal was from a judgment of the Court of Appeal for Ontario varying the judgment at trial and

Le fiduciaire public, fiduciaire de la succession de feu James Wilson Berry
(*Défendeur*) *Appelant*;

et

Guaranty Trust Company of Canada
(*Demanderesse*) *Intimée*;

et

Edward Thomas Berry (*Défendeur*).

1980: 18 juin; 1980: 7 octobre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre et Chouinard.

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

Successions — Pratique — Bref d'assignation — Action intentée par la compagnie en cette qualité contre un coexécuteur et elle-même en sa qualité de représentante en tant que représentants personnels d'une succession — Retrait des exécuteurs après la délivrance du bref — Action entachée ou non de nullité — Si le bref d'assignation est irrégulier, le vice a-t-il été corrigé par l'ordonnance de retrait des exécuteurs et fiduciaires, y compris la compagnie, et la nomination du fiduciaire public à leur place? — Règles de pratique de la Cour suprême de l'Ontario, règles 124 et 186 — The Trustee Act, R.S.O. 1970, chap. 470, art. 38(2), 50(1).

Une action a été intentée par Guaranty Trust en mai 1975, en sa qualité de compagnie, contre Guaranty Trust et Edward T. Berry en leur qualité d'exécuteurs et de fiduciaires de la succession de James W. Berry, et Edward T. Berry, deux de ses anciens administrateurs. La conduite préjudiciable des Berry comme administrateurs de la compagnie a donné lieu à la cause d'action de Guaranty Trust qui n'était pas au courant quand les lettres de vérification ont été délivrées en septembre 1970. Sur requête de Guaranty Trust en renonciation à la charge d'exécuteur et de fiduciaire, le juge Maloney en juin 1977 a ordonné le retrait de Guaranty Trust et d'Edward T. Berry et a nommé le Fiduciaire public pour agir à leur place. Edward T. Berry qui est aussi un bénéficiaire principal du testament a interjeté en vain un appel de cette ordonnance à la Cour d'appel.

Les procédures dans cette affaire ont commencé par une requête à la Cour suprême de l'Ontario pour obtenir ses directives concernant certaines questions que soulèvent les procédures écrites.

Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a modifié le jugement rendu en première

concluding that the writ of summons was not a nullity but rather suffered from an irregularity cured by the order appointing the Public Trustee as executor and trustee.

Held (Ritchie J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.: The trust company could not sue itself, but having done so, the result was still not a nullity but an irregularity that could be rectified by the substitution of the Public Trustee for the executors named in the writ and to whom letters probate had been issued. No authority was cited where the issuance of a writ in these circumstances was a nullity.

The twin doctrines of merger and retainer did not cause the trust company's claims against the estate to merge or otherwise become extinguished on its acceptance of letters probate or with the issuance of the writ of summons. Retainer only operated in respect of ascertained debts or damages. The executor could not exercise his right of retainer in respect of the claims in issue because they were not susceptible of precise measurement. As to the doctrine of merger, the statutory scheme in *The Trustee Act* that a personal representative's claims in a broad sense be treated on the same footing as any other claim against the estate was inconsistent with the notion that the personal representative's claims were extinguished from the commencement of his administration. To this extent, the doctrine of merger was repealed by statute and the concept of retainer that had evolved to avoid it became unnecessary.

The trust company did not have to remove itself as executor as a condition precedent to the issuance of the writ by the trust company against the personal representative of the estate despite the principle that a trustee cannot allow himself to be put into a situation where his personal interest conflicts with his duty. The executor did not seek to profit from his position at the expense of the beneficiaries but simply moved to realize a claim unknown to it when the deceased died or when probate was granted. It would be grossly unjust to hold that the trust company's action against the successor trustee was barred, especially when the deceased knew of his misconduct. No authority required the Court to arrive at that unjust solution.

Per Ritchie J., *dissenting*: A writ of summons issued by a plaintiff naming himself alone as defendant could not be regarded as the commencement of legal action. It

instance et a conclu que le bref d'assignation n'était pas nul mais qu'il était plutôt entaché d'une irrégularité corrigée par l'ordonnance qui a nommé le Fiduciaire public comme exécuteur et fiduciaire.

Arrêt (le juge Ritchie est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Dickson, Estey, McIntyre et Chouinard: La compagnie de fiducie ne pouvait intenter une action contre elle-même, mais l'ayant fait, il n'en résulte toutefois pas une nullité, mais une irrégularité qui peut être corrigée par la substitution du Fiduciaire public aux exécuteurs nommés dans le bref et auxquels des lettres de vérification ont été accordées. Aucune jurisprudence n'a été citée portant que la délivrance d'un bref dans ces circonstances constitue une nullité.

La double doctrine de la confusion et de la rétention n'a pas entraîné la confusion des réclamations de la compagnie de fiducie contre la succession ni leur extinction lorsque les lettres de vérification ont été acceptées ou le bref d'assignation délivré. Le droit de rétention ne s'applique qu'à l'égard de créances ou de dommages-intérêts déterminés. L'exécuteur ne peut exercer son droit de rétention relativement à des réclamations en litige parce qu'elles ne peuvent être fixées avec précision. Quant à la doctrine de la confusion, l'économie de *The Trustee Act* que les réclamations d'un représentant personnel au sens large sont assimilées aux autres réclamations contre une succession est incompatible avec l'idée que les réclamations d'un représentant personnel s'éteignent dès qu'il commence son administration. Dans cette mesure, la doctrine de la confusion a été abolie par la Loi et le concept de la rétention qu'on avait élaboré pour l'éviter n'est plus nécessaire.

La compagnie fiduciaire n'avait pas à cesser d'agir comme exécutrice avant de délivrer le bref d'assignation au représentant personnel de la succession malgré le principe qu'un fiduciaire ne peut se placer dans une situation où son intérêt personnel entre en conflit avec ses obligations. L'exécuteur n'a pas essayé de profiter de sa situation aux dépens des bénéficiaires, mais veut simplement faire valoir une réclamation dont il ignorait l'existence au moment du décès du défunt et de la délivrance des lettres de vérification. Il serait extrêmement injuste d'opposer une fin de non-recevoir à l'action de la compagnie de fiducie contre le fiduciaire de la succession, surtout que le défunt connaissait sa conduite préjudiciable. Aucun précédent n'impose à la Cour d'en arriver à cette solution injuste.

Le juge Ritchie, *dissident*: Un bref d'assignation lancé par un demandeur, dans lequel il se désigne comme défendeur, ne peut être considéré comme introductif

would be on its face incapable of maturing into a judgment, still-born before any consequences could flow from its existence. The fact that a plaintiff may have had a dual capacity by reason of its appointment as an executor and trustee and that its suit was instituted against itself in the latter capacity would not extend any validity to its cause of action.

The defect occasioned by the attempt on the part of the trust company to sue itself was a fundamental one resulting in the proceeding never having started. This result flowed from two circumstances.

(1) The origins of the doctrine of retainer illustrated the inability of a personal representative to sue the estate that he was bound to administer. No authority cited supported the proposition that an executor was capable of suing himself for an unliquidated claim, and more particularly, that an executor could bring an action against himself or itself for "fraudulent breaches of trust" on the part of the deceased whose estate he was representing.

(2) The final circumstance fatal to the writ's validity was that it was issued before the trust company had removed itself from the position of executor. The trust company adopted a position in which its duty to the estate was in conflict with its own interest; a trustee could not place itself in such a position.

The proceedings, adopted to cure the defect in the writ of summons, were instituted on the assumption that the defect was a mere procedural irregularity as contemplated by Rule 186 of the Ontario Rules of Practice.

After the appointment of the Public Trustee as executor, there was no impediment to that functionary being sued by Guaranty Trust in a new action, subject to any limitation periods that may have run. The operation of the concepts underlying retainer did not extinguish any claim of Guaranty Trust against the estate upon its accepting probate.

[*Martin v. Martin*, [1937] O.W.N. 444; *In re Phillips*, [1931] W.N. 271; *Woodward v. Darcy* (1555), 1 Plowd. 184, 75 E.R. 282; *Attorney-General v. Jackson*, [1932] A.C. 365; *Kline v. Kline* (1871), 3 Chamb. Rep. 161; *Loane v. Casey* (1775), 96 E.R. 569; *Vyse v. Foster* (1874), L.R. 7 H.L. 318; *Re Mulholland's Will Trusts. Bryan v. Westminster Bank Ltd.*, [1949] 1 All E.R. 460; *Vachon v. Attorney General of the Province of Quebec*, [1979] 1 S.C.R. 555; *In re Pritchard, decd. Pritchard v. Deacon*, [1963] 1 Ch. 502; *Ryan v. Charlesworth*, [1930] S.C.R. 427, referred to.]

d'une action en justice. Manifestement, il ne peut engendrer qu'un jugement mort-né avant même que des conséquences puissent découler de son existence. Le fait qu'un demandeur puisse avoir une double qualité en raison de sa nomination comme exécuteur et fiduciaire et qu'il intente une action contre lui-même en cette qualité ne valide pas davantage son droit d'action.

Le vice qu'a créé la tentative de la compagnie de fiducie de se poursuivre elle-même est fondamental de sorte que la procédure n'a jamais été entamée. Ce résultat découle de deux circonstances:

1) Les origines de la doctrine de la rétention illustrent l'incapacité d'un représentant personnel d'intenter une action contre la succession qu'il doit administrer. Aucun arrêt cité n'appuie la proposition qu'un exécuteur peut se poursuivre pour une créance d'un montant indéterminé et, en particulier, qu'un exécuteur peut introduire une action contre lui-même pour «une violation frauduleuse de fiducie» de la part du défunt dont il administre la succession.

2) Finalement, l'élément qui porte un coup fatal à la validité du bref d'assignation est qu'il a été délivré avant que la compagnie de fiducie renonce à sa charge d'exécuteur. La compagnie de fiducie a pris une position qui crée un conflit entre ses obligations envers la succession et ses propres intérêts. Un fiduciaire ne peut se mettre dans une telle situation.

La procédure que l'on a suivie pour corriger le vice du bref d'assignation est fondée sur l'hypothèse que le vice était une simple irrégularité visée par la règle 186 des Ontario Rules of Practice.

Après la nomination du Fiduciaire public comme exécuteur, rien ne s'opposait à ce que Guaranty Trust intente une nouvelle action contre ce fonctionnaire, sous réserve des délais de prescription. Vu les principes sous-jacents de la doctrine de la rétention, les créances de Guaranty Trust contre la succession n'ont pas été éteintes lorsqu'elle a accepté les lettres de vérification.

[Jurisprudence: *Martin v. Martin*, [1937] O.W.N. 444; *In re Phillips*, [1931] W.N. 271; *Woodward v. Darcy* (1555), 1 Plowd. 184, 75 E.R. 282; *Attorney-General v. Jackson*, [1932] A.C. 365; *Kline v. Kline* (1871), 3 Chamb. Rep. 161; *Loane v. Casey* (1775), 96 E.R. 569; *Vyse v. Foster* (1874), L.R. 7 H.L. 318; *Re Mulholland's Will Trusts. Bryan v. Westminster Bank Ltd.*, [1949] 1 All E.R. 460; *Vachon c. Procureur général de la province de Québec*, [1979] 1 R.C.S. 555; *In re Pritchard, decd. Pritchard v. Deacon*, [1963] 1 Ch. 502; *Ryan c. Charlesworth*, [1930] R.C.S. 427.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹, varying the judgment in the first instance. Appeal dismissed, Ritchie J. dissenting.

J. E. Sexton, Q.C., and Andrew J. Pirie, for the defendant, appellant.

D. C. McTavish and Mary A. Porjes, for the plaintiff, respondent.

The following are the reasons delivered by

RITCHIE J. (*dissenting*)— This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal for Ontario varying the judgment rendered in the first instance by Mr. Justice Henry and concluding that the action initially brought by Guaranty Trust Company of Canada against the Guaranty Trust Company of Canada and Edward Thomas Berry as executors and trustees of the estate of James Wilson Berry was not a nullity as Mr. Justice Henry had found but rather no more than an irregularity which had been cured by an order granted by Mr. Justice Maloney whereby the Public Trustee was appointed trustee of the said estate of James Wilson Berry in the place and stead of the two executors and trustees appointed under the terms of his will.

This action was brought by the Guaranty Trust Company of Canada for damages allegedly suffered by it as a result of the wrongful conduct of James Wilson Berry and Edward Thomas Berry who were two of its former officers and who allegedly concealed income of the trust company that should have been included in tax returns, as a result of which the company allegedly incurred loss by way of interest and penalties under the *Income Tax Act*. The plaintiff alleges as alternate grounds of the action fraudulent breach of trust, breach of fiduciary duty or breach of contract of employment on the part of the two Berrys. As I have indicated, the action is brought against the trustees of the estate of the late James Wilson Berry and against Edward Thomas Berry in his personal capacity. The plaintiff's original pleading claimed that it had suffered damages amounting

¹ (1979), 24 O.R. (2d) 634.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹, qui a modifié un jugement de première instance. Pourvoi rejeté, le juge Ritchie étant dissident.

J. E. Sexton, c.r., et Andrew J. Pirie, pour le défendeur, appellant.

D. C. McTavish et Mary A. Porjes, pour la demanderesse, intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE RITCHIE (*dissident*)—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a modifié le jugement rendu en première instance par le juge Henry et a conclu que l'action initialement intentée par Guaranty Trust Company of Canada contre Guaranty Trust Company of Canada et Edward Thomas Berry en leur qualité d'exécuteurs et de fiduciaires de la succession de James Wilson Berry, n'était pas nulle comme l'avait jugé le juge Henry. La Cour d'appel a décidé qu'elle était plutôt entachée d'une irrégularité qu'a corrigée une ordonnance du juge Maloney qui a nommé le fiduciaire public fiduciaire de la succession de James Wilson Berry à la place des deux exécuteurs et fiduciaires nommés aux termes de son testament.

Guaranty Trust Company of Canada a intenté cette action pour recouvrer les dommages qu'elle aurait subis en raison de la conduite préjudiciable de James Wilson Berry et Edward Thomas Berry, deux de ses anciens administrateurs, qui auraient dissimulé des revenus que la compagnie de fiducie aurait dû inclure dans ses déclarations d'impôt, ce qui l'aurait exposée à des pertes à cause de l'intérêt et des pénalités dus en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La demanderesse allègue comme moyens subsidiaires à son action, la violation frauduleuse de fiducie, les manquements à des devoirs fiduciaires ou la violation d'un contrat de travail de la part des deux Berry. Comme je l'ai mentionné, l'action est intentée contre les fiduciaires de la succession de feu James Wilson Berry et contre Edward Thomas Berry en sa qualité personnelle. Dans sa déclaration initiale, la demanderesse

¹ (1979), 24 O.R. (2d) 634.

to \$2,000,000 as a result of the actions of the two Berrys above referred to.

The following are the questions submitted for the advice and direction of the Court:

1. Was the Writ of Summons as issued on the 15th of May, 1975, commencing action number 3259 of 1975, wherein Guaranty Trust Company of Canada was Plaintiff and Guaranty Trust Company of Canada and Edward Thomas Berry as executors and trustees of the Estate of James Wilson Berry, deceased, and Edward Thomas Berry were Defendants, a nullity?
2. Was the said Writ of Summons irregular?
3. If the said Writ of Summons was irregular, was this irregularity cured by the Orders of Mr. Justice Maloney dated the 21st day of June, 1977 and Master Garfield dated the 14th day of February, 1978?
4. Does Guaranty Trust Company of Canada have the capacity, power and right to maintain this action against the Public Trustee, Trustee of the Estate of James Wilson Berry, deceased?
5. Does Guaranty Trust Company of Canada have the capacity, power and right to maintain this action against Edward Thomas Berry?

The answers to these questions given at trial and on appeal may be summarized as follows:

	<u>Trial Judge</u>	<u>Court of Appeal</u>
1.	Yes	No
2.	No answer required	Yes
3.	No answer required	Yes
4.	No	Yes
5.	Yes	Yes

It is I think elementary to state that a writ of summons issued by a plaintiff naming himself or itself alone as defendant cannot be regarded as the commencement of a legal action. It is on its face incapable of maturing into a judgment and is consequently of no effect. The fact that the plaintiff has caused such a document to originate does not give it any legal life; it is still-born before any consequences can flow from its existence which is and remains limited to its character as a piece of paper. In my opinion the fact that a plaintiff may

a prétendu que les agissements des deux Berry lui ont causé des dommages s'élevant à \$2,000,000.

Voici les questions présentées à la Cour pour avis et directives:

[TRADUCTION]

1. Le bref d'assignation délivré le 15 mai 1975, par lequel a été engagée l'action numéro 3259 de 1975, dans laquelle Guaranty Trust Company of Canada est demanderesse et Guaranty Trust Company of Canada et Edward Thomas Berry, en leur qualité d'exécuteurs et de fiduciaires de la succession de feu James Wilson Berry, et Edward Thomas Berry sont défendeurs, est-il nul?
2. Le bref d'assignation est-il entaché d'irrégularités?
3. Si le bref d'assignation est entaché d'irrégularités, les ordonnances du juge Maloney en date du 21 juin 1977 et du Master Garfield en date du 14 février 1978 peuvent-elles y remédier?
4. Guaranty Trust Company of Canada a-t-elle la qualité, le pouvoir et le droit d'intenter cette action contre le Fiduciaire public, fiduciaire de la succession de feu James Wilson Berry?
5. Guaranty Trust Company of Canada a-t-elle la qualité, le pouvoir et le droit d'intenter cette action contre Edward Thomas Berry?

On peut résumer comme suit les réponses données à ces questions en première instance et en appel:

	<u>Juge de première instance</u>	<u>Cour d'appel</u>
1.	Oui	Non
2.	Aucune réponse n'est nécessaire	Oui
3.	Aucune réponse n'est nécessaire	Oui
4.	Non	Oui
5.	Oui	Oui

Il est élémentaire, je crois, de dire qu'un bref d'assignation lancé par un demandeur, dans lequel il se désigne lui-même comme défendeur, ne peut être considéré comme introductif d'une action en justice. Manifestement, il ne peut engendrer un jugement et est donc sans effet. Le fait que la demanderesse soit à l'origine d'un tel acte ne lui donne pas de vie juridique; avant même que des conséquences puissent découler de son existence, il est mort-né et n'est et ne demeure qu'un simple morceau de papier. A mon avis, le fait qu'un

have a dual capacity by reason of its appointment as an executor and trustee and that its suit is instituted against itself in the latter capacity does not extend any validity to its cause of action.

In the present case Guaranty Trust shared its role as executor and trustee with the brother of the deceased, but in my view this factor cannot be taken as initiating a cause of action by the trust company against itself.

There was in the present case the added complicating factor that a valid cause of action did exist by the trust company against its co-executor in his personal capacity and this is not questioned in the present proceedings.

It will be seen that in my view the writ of summons in the present case is a nullity in so far as it purports to commence an action by the trust company against itself, but it is contended that the form of the writ constitutes nothing more than an irregularity which can be cured and in this case was cured by an order of the Court. In my view, the proceedings adopted in this case in order to cure the defect in the writ of summons were instituted before Mr. Justice Maloney on the assumption that the defect was a mere irregularity. In this regard it appears to me to be self-evident that such a proceeding was regarded in the nature of an irregularity as contemplated by Rule 186 of the *Ontario Annual Practice* (which can be traced back to Order 70, Rule 1 of the *Rules of Practice* in the Supreme Court in England), and which reads as follows:

186. Non-compliance with the rules does not render the writ or any act or proceeding void, but the same may be set aside, either wholly or in part, as irregular, or may be amended, or otherwise dealt with, as seems just.

The history of this rule and the practice under it clearly indicate that it is designed to provide for the rectification of procedural irregularities and this is borne out by reference to what is said in *Archbold's Practice in the Queen's Bench Division* (14th ed.) at p. 445:

It is difficult to define the distinction between an irregularity and a nullity. Where the proceeding adopted

demandeur puisse avoir une double qualité en raison de sa nomination comme exécuteur et fiduciaire et qu'il intente une action contre lui-même en cette qualité ne valide pas davantage son droit d'action.

En l'espèce, Guaranty Trust partageait son rôle d'exécuteur et de fiduciaire avec le frère du défunt, mais, à mon avis, on ne peut considérer que ce facteur lui permet d'intenter une action contre elle-même.

Une autre complication existe en l'espèce du fait que la compagnie de fiducie a un droit d'action valide contre son coexécuteur en sa qualité personnelle, ce qui n'est pas en cause dans les présentes procédures.

Nous verrons qu'à mon avis, le bref d'assignation en l'espèce est nul dans la mesure où la compagnie de fiducie vise à l'utiliser pour intenter une action contre elle-même, mais on allègue que la forme du bref ne présente qu'une simple irrégularité qui peut être corrigée comme elle l'a été en l'espèce par une ordonnance de la cour. À mon avis, la procédure que l'on a suivie en l'espèce devant le juge Maloney pour corriger le vice du bref d'assignation est fondée sur l'hypothèse que le vice était une simple irrégularité. À cet égard, il me paraît manifeste qu'une telle procédure a été considérée de la même nature qu'une irrégularité visée par la règle 186 de l'*Ontario Annual Practice* (qui tire son origine de l'ordonnance 70, règle 1 des Règles de pratique de la Cour suprême d'Angleterre), dont voici le texte:

[TRADUCTION] 186. Le fait de ne pas se conformer aux règles ne rend pas le bref, l'acte ou la procédure nuls et sans effet mais ceux-ci peuvent être écartés en totalité ou en partie, pour irrégularité, ou être modifiés ou faire l'objet d'autres mesures, selon qu'il semble juste.

L'historique de cette règle et la pratique qui la sous-tend indiquent clairement qu'elle vise à assurer la correction des irrégularités de procédure, ce qui est confirmé par référence à ce qu'on peut lire dans *Archbold's Practice in the Queen's Bench Division* (14^e éd.) à la p. 445:

[TRADUCTION] Il est difficile de définir la distinction entre une irrégularité et une nullité. Lorsque la procé-

is that prescribed by the practice of the Court, and the error is merely in the manner of taking it, such an error is an irregularity, and may be waived by the laches or subsequent acts of the opposite party; but where the proceeding itself is altogether unwarranted, and different from that which, if any, ought to have been taken, then the proceeding in general is a nullity, and cannot be waived by any act of the party against whom it has been taken. Thus, an affidavit sworn before a person without authority to take it, is a nullity. A judgment entered up on a feigned issue as in an ordinary action was formerly a nullity. On the other hand, a pleading, dated on a day different from that on which it was delivered, cannot be treated as a nullity. A writ of execution sued out without obtaining leave for that purpose, after six years have elapsed from the time of signing the judgment, is not a nullity, though it may be set aside as irregular. Where a judge at chambers made an order to set aside a verdict, obtained under a writ of trial, on the ground of the insufficiency of the notice of trial, it was held that the order was not a nullity.

The limitations necessarily inherent in the application of Order 70 and similarly Ontario Rule 186, are described by Upjohn L.J. in *In re Pritchard, decd. Pritchard v. Deacon and Others*² at pp. 523-4 where it is said:

The authorities do establish one or two classes of nullity such as the following. There may be others, though for my part I would be reluctant to see much extension of the classes. (i) Proceedings which ought to have been served but have never come to the notice of the defendant at all. This, of course, does not include cases of substituted service, or service by filing in default, or cases where service has properly been dispensed with: see, for example, *Whitehead v. Whitehead (orse. Vasbar)* [1962] 3 W.L.R. 884; [1962] 3 All E.R. 800, C.A. (ii) Proceedings which have never started at all owing to some fundamental defect in issuing the proceedings. (iii) Proceedings which appear to be duly issued but fail to comply with a statutory requirement: see, for example, *Finnegan v. Cementation Co. Ltd.* [1953] 1 Q.B. 688.

In my view the defect occasioned by the attempt on the part of the trust company to sue itself was a fundamental one resulting in the proceeding never having been started and this result flows from the following circumstances:

² [1963] 1 Ch. 502.

deure choisie est celle prévue par la pratique de la Cour, et que l'erreur ne porte que sur la façon de l'engager, une telle erreur est une irrégularité à laquelle, par son inaction ou ses actions subséquentes, la partie adverse peut acquiescer; mais lorsque la procédure elle-même est tout à fait interdite et différente de celle qui, le cas échéant, aurait dû être engagée, alors, en général la procédure est nulle et la partie contre laquelle elle a été engagée ne peut d'aucune façon y acquiescer. Ainsi, un affidavit signé devant une personne non autorisée à recevoir les serments est nul. Le jugement rendu sur une question théorique comme si c'était une action ordinaire était autrefois nul. Par ailleurs, une procédure écrite portant une date différente de celle où elle a été déposée ne peut être considérée comme nulle. Un bref d'exécution, obtenu sans l'autorisation préalable à cette fin six ans après la signature du jugement, n'est pas nul, bien qu'il puisse être annulé pour irrégularité. Il a été jugé qu'une ordonnance d'un juge en chambre annulant un verdict prononcé suite à une ordonnance de renvoi à procès pour le motif d'insuffisance de l'avis d'audition n'était pas nulle.

Les limites nécessairement inhérentes à l'application de l'ordonnance 70, et partant de la règle 186 de l'Ontario, sont décrites par le lord juge Upjohn dans *In re Pritchard, decd. Pritchard v. Deacon and Others*² aux pp. 523 et 524, où il dit:

[TRADUCTION] La jurisprudence établit une ou deux catégories de nullité telles les suivantes. Il peut en exister d'autres, bien que personnellement j'hésiterais beaucoup à les étendre. (i) Les procédures qui auraient dû être signifiées, mais dont le défendeur n'a jamais reçu avis. Cela ne comprend pas bien sûr les cas de signification indirecte, de requête par défaut ou les cas où il y a eu dispense de signification: voir par exemple: *Whitehead v. Whitehead, (orse. Vasbar)* [1962] 3 W.L.R. 884; [1962] 3 All E.R. 800, C.A. (ii) Les procédures qui n'ont jamais commencé en raison d'un vice fondamental dans les formalités. (iii) Les procédures qui semblent être dûment engagées mais qui ne respectent pas une exigence de la loi: voir par exemple: *Finnegan v. Cementation Co. Ltd.*, [1953] 1 Q.B. 688.

A mon avis, le vice qu'a créé la tentative de la compagnie de fiducie de se poursuivre elle-même est fondamental de sorte que la procédure n'a jamais été entamée; ce résultat découle des circonstances suivantes:

² [1963] 1 Ch. 502.

(1) The inability of a personal representative to sue the estate which he is bound to administer is well illustrated by a consideration of the common law origins of the doctrine of retainer which was long accepted as affording the executor, in the administration of the estate, the right to retain the amount of liquidated debts owing to him by the estate because he was otherwise debarred from bringing an action against himself in his capacity as executor. In this regard the following paragraph from Williams and Mortimer on *Executors, Administrators and Probate*, at p. 703 is self-explanatory:

The real foundation of the right to retain is the inability of the personal representative to sue himself. In cases of deaths before 1926 a judgment creditor, where the estate was being administered out of court, had priority to specialty and simple contract creditors. A creditor by suing a personal representative might get priority by judgment obtained. But a personal representative being incapable of suing himself, could not obtain priority as a judgment creditor. It was in consequence of this hardship that the right of retainer arose.

In so far as I have been able to ascertain, none of the cases cited on behalf of the trust company is authority for the proposition that an executor is capable of suing himself for an unliquidated claim and more particularly I can find no authority to support the contention that an executor can bring an action against himself or itself for "fraudulent breaches of trust" on the part of the deceased whose estate he is representing.

(2) The final circumstance which is in my opinion fatal to the validity of the writ issued in this case is that it was issued before the trust company had removed itself from the position of executor and the writ accordingly constituted a manifestation of it having adopted a position in which its duty to the estate was in conflict with its own interests and was thus a breach of trust. It is an inflexible rule of trust that a trustee cannot place itself in a position where its duty and interest conflict, as is pointed out in *Bray v. Ford*³.

³ [1896] A.C. 44.

(1) L'inhabilité d'un représentant personnel d'intenter une action contre la succession qu'il doit administrer est bien illustrée par un examen des origines de la doctrine de la rétention en *common law*. Il est depuis longtemps admis qu'elle permet à l'exécuteur, qui administre la succession, de retenir le montant des dettes déterminées que lui doit la succession puisqu'il est par ailleurs dans l'impossibilité d'engager une action contre lui-même en sa qualité d'exécuteur. A cet égard, l'alinéa suivant extrait de Williams and Mortimer on *Executors, Administrators and Probate*, à la p. 703 se passe d'explication:

[TRADUCTION] Le fondement réel du droit de rétention est l'inhabilité du représentant personnel d'engager une action contre lui-même. Pour les décès antérieurs à 1926, lorsque la succession était administrée à l'amiable, un créancier par jugement avait priorité sur les créanciers en vertu d'un contrat solennel et les créanciers chirographaires. En intentant une action contre le représentant personnel, un créancier pouvait obtenir priorité aux termes du jugement. Mais, étant incapable de se poursuivre lui-même, un représentant personnel ne pouvait obtenir priorité à ce titre. C'est en raison de cette inéquité que le droit de rétention est né.

Selon ce que j'ai pu vérifier, aucun des arrêts cités au nom de la compagnie de fiducie ne fait autorité pour la proposition qu'un exécuteur peut se poursuivre lui-même pour une créance d'un montant indéterminé et, en particulier, aucun arrêt n'appuie la prétention qu'un exécuteur peut introduire une action contre lui-même pour «une violation frauduleuse de fiducie» de la part du défunt dont il administre la succession.

(2) Finalement, l'élément qui à mon avis porte un coup fatal à la validité du bref d'assignation délivré en l'espèce est qu'il a été délivré avant que la compagnie de fiducie renonce à sa charge d'exécuteur. Par conséquent, il ressort du bref qu'elle a pris une position qui crée un conflit entre ses obligations envers la succession et ses propres intérêts et constitue donc une violation de fiducie. C'est une règle inflexible de fiducie qu'un fiduciaire ne peut se mettre dans une situation où il y a conflit entre ses obligations de fiduciaire et ses intérêts personnels, comme le souligne l'arrêt *Bray v. Ford*³.

³ [1896] A.C. 44.

Like my brother Estey, whose reasons I have had the advantage of reading, I agree that after the appointment of the Public Trustee had been ordered by Mr. Justice Maloney there was no impediment to that functionary being sued by Guaranty Trust Company in a new action, subject to any limitation periods that may have run. It appears that the courts below have treated the case as if question four asked if a new action could be commenced after the writ was declared a nullity, and I propose to do the same. The Public Trustee claims that upon accepting probate, any claim Guaranty Trust had against the estate was extinguished, and to support this claim it points to the concepts underlying the doctrine of retainer. However, as is made clear in *Kline v. Kline*⁴ at p. 170, an executor's claim was only extinguished if it were for a liquidated amount and the executor possessed sufficient assets of the debtor to satisfy the debt. Duff J., speaking for this Court, agreed with that proposition in *Ryan v. Charlesworth*⁵ at p. 432:

First, Mr. McCarthy's principal contention was that the respondent's claims against the estate of Peter Ryan were extinguished by operation of law upon the grant of letters of administration followed by the acquisition of assets by her as administratrix. This, I think, is completely answered by the judgment of Lindley M.R., in *In re Rhoades* [1899] 2 Q.B., 347, at pp. 352, 353:

The older common law authorities go far to shew that if an executor was a creditor of his deceased testator and had assets in his hands sufficient to pay his debt (and all others of a higher degree, if any) such debt was treated as extinguished. Sufficient assets to pay his own debt and properly applicable thereto being in the executor's hands, such assets were treated without more as applied by him to such payment. Blackstone says so distinctly. His words are (Bl. Com. by Kerr, 4th ed., vol. iii, p. 18): "So much as is sufficient to answer his own demand is, by operation of law, applied to that particular purpose."

⁴ (1871), 3 Chamb. Rep. 161.

⁵ [1930] S.C.R. 427.

Tout comme mon collègue le juge Estey, dont j'ai eu l'avantage de lire les motifs, je reconnais qu'après l'ordonnance de nomination du Fiduciaire public par le juge Maloney, rien ne s'opposait à ce que Guaranty Trust Company intente une nouvelle action contre ce fonctionnaire, sous réserve des délais de prescription. Les cours d'instance inférieure ont apparemment abordé l'affaire comme si la question quatre demandait si une nouvelle action pouvait être intentée après que le bref a été déclaré nul et je vais faire de même. Le Fiduciaire public prétend que lorsque Guaranty Trust a accepté les lettres de vérification, toutes les créances qu'elle avait contre la succession se sont éteintes et il fonde cette prétention sur les principes sous-jacents de la doctrine de la rétention. Toutefois, comme on le dit clairement dans l'arrêt *Kline v. Kline*⁴ à la p. 170, la réclamation de l'exécuteur ne s'éteint que si elle est d'un montant déterminé et si l'actif du débiteur, que l'exécuteur a en main, est suffisant pour satisfaire sa créance. Le juge Duff, parlant au nom de cette Cour, a accepté cette proposition dans l'arrêt *Ryan c. Charlesworth*⁵ à la p. 432:

[TRADUCTION] Tout d'abord, selon la prétention principale de M^e McCarthy, les réclamations de l'intimée contre la succession de Peter Ryan se sont éteintes par l'effet de la loi lorsque les lettres d'administration lui ont été délivrées et que l'actif lui a été confiée en qualité d'administratrice. A mon avis, le jugement du maître des rôles Lindley dans *In re Rhoades* [1899] 2 Q.B., 347, at pp. 352 et 353) répond complètement à cette prétention:

L'ancienne jurisprudence de *common law* a beaucoup contribué à établir que si un exécuteur était créancier du testateur décédé et qu'il avait en main un actif suffisant pour satisfaire sa créance (et, le cas échéant, toutes les autres d'un rang supérieur), cette créance était considérée comme éteinte. Avec un actif suffisant pour satisfaire sa propre créance et utilisable à bon droit à cette fin, puisque l'exécuteur l'avait en main, on considérait tout simplement qu'il l'avait affecté à ce paiement. C'est ce que dit Blackstone en termes très clairs, savoir (Bl. Com. par Kerr, 4^e éd., vol. iii, à la p. 18): «Le montant nécessaire pour

⁴ (1871), 3 Chamb. Rep. 161.

⁵ [1930] R.C.S. 427.

Plowden goes further, and says that the property in the assets is changed: See *Woodward v. Darcy* (1 Plowd. 184, at p. 186). But this can only be true if the assets spoken of can be identified and appropriated to the debt which they have satisfied, and this presupposes the exercise of the right in fact; and in the case in Plowden it had been so exercised: See *ibid.*, p. 184. [The learned judge then referred to the facts stated in the report of *Woodward v. Darcy* (1 Plowd. 184), and proceeded:—]

Until the executor does some act to shew which assets he retains, it is obvious that the property in them cannot be changed. This has been noticed before: See [1898] 1 Q.B. 286, and *Wentworth's Office of Executor*, cited in the margin of 1 Plowden, p. 185a. But it was settled that an executor sued by a creditor could give a retainer by himself in satisfaction of his own debt in evidence under a general plea of *plene administravit*, and that he need not plead a retainer specially: 1 Wm. Saunders, 333, n.6. The extent to which the doctrine that his debt was extinguished was carried is further illustrated by the cases collected in *Williams on Executors*, vol. ii, p. 1180, which shew that an executor, having assets sufficient and properly applicable to pay a debt due to him from his testator, could not sue the testator's heir nor any third person who might be liable with the testator for the debt in question.

There is nothing in this case to shew the existence of assets in the respondent's hands "sufficient and properly applicable to pay" the judgments acquired by her, and, therefore, it is quite clear that, putting the doctrine in the form most favourable to Mr. McCarthy, it has no application here.

As well, the remedy provided by retainer and subsequent extinction of the claim, which only applied in the case of a liquidated debt, is certainly not applicable here. No authority has been cited which leads to claims being extinguished outside the operation of the doctrine of retainer.

It will be seen that I am of opinion that the writ issued by Guaranty Trust Company of Canada against the Guaranty Trust Company of Canada and Edward Thomas Berry as executors and trustees of the estate of James Wilson Berry deceased was a nullity although I take the view that the

satisfaire sa propre réclamation est, par l'effet de la loi, affecté à cette fin particulière.» Plowden va plus loin et dit qu'il s'opère un transfert de propriété de l'actif: voir *Woodward v. Darcy*. Mais il ne peut en être ainsi que si l'actif dont il est question peut être identifié et affecté à la créance qu'il sert à payer et cela présuppose l'exercice du droit en fait; dans l'affaire Plowden, ce droit avait été ainsi exercé: voir *ibid.*, à la p. 184. [Le savant juge mentionne ensuite les faits énoncés dans le recueil au sujet de *Woodward v. Darcy*, (1 Plowd. 184) et poursuit:—]

Jusqu'à ce que l'exécuteur démontre par ses actes quel élément de l'actif il a retenu, il est évident que la propriété ne peut en être transférée. Cela a déjà été souligné: Voir [1898] 1 Q.B. 286, et *Wentworth's Office of Executor*, cité dans la marge à, 1 Plowden, à la p. 185a. Mais il était établi qu'un exécuteur poursuivi par un créancier pouvait mettre en preuve dans son plaidoyer général de *plene administravit*, la rétention qu'il a exercée pour satisfaire sa propre créance, et qu'il n'a pas à plaider spécialement la rétention: 1 Wm. Saunders, 333, n° 6. La portée de la doctrine voulant que sa dette soit éteinte est en outre illustrée par la jurisprudence citée dans *Williams on Executors*, vol. ii, à la p. 1180, qui démontre qu'un exécuteur ayant un actif suffisant qu'il peut à bon droit affecter au paiement d'une dette que le testateur avait envers lui, ne pouvait poursuivre l'héritier du testateur ni aucun tiers qui pourrait être solidairement responsable de la dette en question avec le testateur.

Rien en l'espèce n'établit que l'intimée avait en main un actif «suffisant qu'il pouvait à bon droit affecter au paiement» du jugement qu'elle a obtenu, et il est donc tout à fait clair, même si l'on formule la doctrine de la façon la plus favorable à M^e McCarthy, qu'elle ne s'applique pas ici.

De même, le recours qu'offrent la rétention et l'extinction subséquente de la réclamation, qui ne s'appliquait que dans le cas d'une dette d'un montant déterminé, n'est certainement pas applicable ici. Aucune jurisprudence n'a été citée démontrant que des réclamations s'étaient éteintes sans que soit appliquée la doctrine de la rétention.

Je suis d'avis que le bref d'assignation délivré à Guaranty Trust Company of Canada contre Guaranty Trust Company of Canada et Edward Thomas Berry en leur qualité d'exécuteurs et de fiduciaires de la succession de feu James Wilson Berry est nul, bien que je sois d'opinion que l'on ne

same considerations do not apply to the action brought against Edward Thomas Berry in his personal capacity and that accordingly I would answer the questions posed in this case as follows:

1. Yes.
2. No.
3. No answer required.
4. Yes.
5. Yes.

For all these reasons I would allow this appeal with costs to Edward Thomas Berry and the Public Trustee; the costs of the Public Trustee on a solicitor-client basis.

The judgment of Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ. was delivered by

ESTEY J.—The proceedings in this appeal originated by an application under Rule 124 of the *Rules of Practice* of the Supreme Court of Ontario. The respondent trust company (hereinafter referred to as the “trust company”) made application under the rule for the advice, opinion and direction of the Court on five questions arising under the pleadings. The essential portions of the agreed statement of facts are as follows:

1. James Wilson Berry appointed Guaranty Trust Company of Canada (“Guaranty Trust”) and Edward Thomas Berry as Executors and Trustees under his last Will and Testament dated October 2, 1969.
2. James Wilson Berry died on March 30, 1970.
3. Letters Probate were granted to the said Executors and Trustees on September 8, 1970.
4. Edward Thomas Berry is the principal beneficiary under the terms of the said Will.
5. Guaranty Trust as plaintiff caused this action to be commenced against Guaranty Trust Company of Canada and Edward Thomas Berry as Executors and Trustees of the estate of James Wilson Berry, Deceased, and Edward Thomas Berry, as defendants, on May 15, 1975.
6. Pleadings have been delivered and are complete.

peut appliquer les mêmes considérations à l'action intentée contre Edward Thomas Berry en sa qualité personnelle et, par conséquent, je suis d'avis de répondre comme suit aux questions posées en l'espèce:

1. Oui.
2. Non.
3. Aucune réponse n'est nécessaire.
4. Oui.
5. Oui.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir ce pourvoi avec dépens en faveur d'Edward Thomas Berry et du Fiduciaire public; et d'accorder les dépens du Fiduciaire public comme entre avocat et client.

Version française du jugement des juges Dickson, Estey, McIntyre et Chouinard rendu par

LE JUGE ESTEY—Les procédures dans cette affaire ont commencé par une requête présentée en vertu de la règle 124 des *Rules of Practice* de la Cour suprême de l'Ontario. La compagnie de fiducie intimée (ci-après appelée la «compagnie de fiducie») a présenté une requête en vertu de cette règle pour obtenir l'avis, l'opinion et les directives de la Cour sur cinq questions que soulèvent les procédures écrites. Voici la partie essentielle de l'exposé conjoint des faits:

[TRADUCTION]

1. Par son dernier testament en date du 2 octobre 1969, James Wilson Berry a nommé Guaranty Trust Company of Canada (“Guaranty Trust”) et Edward Thomas Berry exécuteurs et fiduciaires.
2. James Wilson Berry est décédé le 30 mars 1970.
3. Des lettres de vérification ont été délivrées aux exécuteurs et fiduciaires le 8 septembre 1970.
4. Edward Thomas Berry est le bénéficiaire principal aux termes du testament.
5. Guaranty Trust, demanderesse, a intenté cette action le 15 mai 1975 contre les défendeurs Guaranty Trust Company of Canada et Edward Thomas Berry, en leur qualité d'exécuteurs et de fiduciaires de la succession de feu James Wilson Berry, et Edward Thomas Berry.
6. Les procédures écrites ont été signifiées et sont complètes.

7. On April 13, 1977, Guaranty Trust moved this Court by way of originating notice for an Order permitting Guaranty Trust to retire as an Executor and Trustee of the estate of James Wilson Berry. On June 21, 1977, the Honourable Mr. Justice Maloney ordered the removal of both of Guaranty Trust and Edward Thomas Berry as Executors and Trustees of the said Estate, and appointed the Public Trustee to act in the place and stead of the said Executors and Trustees.
8. On July 7, 1977, Edward Thomas Berry appealed the said order to the Court of Appeal which appeal was dismissed on January 16, 1978.

After a hearing on these facts, Henry J. gave judgment wherein he answered the five questions in the manner set out below. The Court of Appeal (May 31, 1979) allowed the appeal from Henry J. (December 1, 1978) and answered the questions in the manner I set out below. The questions and answers are as follows:

- (1) Was the Writ of Summons as issued on the 15th day of May, 1975, commencing action number 3259 of 1975, wherein Guaranty Trust Company of Canada was Plaintiff and Guaranty Trust Company of Canada and Edward Thomas Berry as executors and trustees of the Estate of James Wilson Berry, deceased, and Edward Thomas Berry were Defendants a nullity?
- (2) Was the said Writ of Summons irregular?
- (3) If the said Writ of Summons was irregular, was this irregularity cured by the Orders of Mr. Justice Maloney dated the 21st day of June, 1977 and Master Garfield dated the 14th day of February, 1978?
- (4) Does Guaranty Trust Company of Canada have the capacity, power and right to maintain this action against the Public Trustee, Trustee of the Estate of James Wilson Berry, deceased?
- (5) Does Guaranty Trust Company of Canada have the capacity, power and right to maintain this action against Edward Thomas Berry?

<u>Trial Judge</u>	<u>Court of Appeal</u>
(1) yes	no
(2) no answer required	yes
(3) no answer required	yes
(4) no	yes
(5) yes	yes

7. Le 13 avril 1977, Guaranty Trust a demandé à cette cour, par avis introductif d'instance, une ordonnance qui permettrait à Guaranty Trust de renoncer à sa charge d'exécuteur et de fiduciaire de la succession de James Wilson Berry. Le 21 juin 1977, monsieur le juge Maloney a ordonné le retrait de Guaranty Trust et d'Edward Thomas Berry de leurs charges d'exécuteurs et de fiduciaires de la succession, et a nommé le Fiduciaire public pour agir à leur place.
8. Le 7 juillet 1977, Edward Thomas Berry a interjeté appel de cette ordonnance à la Cour d'appel et son appel a été rejeté le 16 janvier 1978.

Après une audition fondée sur ces faits, le juge Henry a rendu un jugement dans lequel il a répondu aux cinq questions qui sont énoncées ci-dessous. La Cour d'appel (le 31 mai 1979) a accueilli l'appel formé contre le jugement du juge Henry (le 1^{er} décembre 1978) et a répondu aux mêmes questions. Voici ces questions et ces réponses:

[TRADUCTION]

- (1) Le bref d'assignation délivré le 15 mai 1975, par lequel a été engagée l'action numéro 3259 de 1975, dans laquelle Guaranty Trust Company of Canada est demanderesse et Guaranty Trust Company of Canada et Edward Thomas Berry, en leur qualité d'exécuteurs et de fiduciaires de la succession de feu James Wilson Berry, et Edward Thomas Berry sont défendeurs, est-il nul?
- (2) Le bref d'assignation est-il entaché d'irrégularités?
- (3) Si le bref d'assignation est entaché d'irrégularités, les ordonnances du juge Maloney en date du 21 juin 1977 et du Master Garfield en date du 14 février 1978 peuvent-elles y remédier?
- (4) Guaranty Trust Company of Canada a-t-elle la qualité, le pouvoir et le droit d'intenter cette action contre le Fiduciaire public, fiduciaire de la succession de feu James Wilson Berry?
- (5) Guaranty Trust Company of Canada a-t-elle la qualité, le pouvoir et le droit d'intenter cette action contre Edward Thomas Berry?

<u>Juge de première instance</u>	<u>Cour d'appel</u>
(1) oui	non
(2) aucune réponse n'est nécessaire	oui
(3) aucune réponse n'est nécessaire	oui
(4) non	oui
(5) oui	oui

In the pleadings which formed a part of the agreed statement of facts claims were made by the trust company against the deceased's estate in the total amount of about two million dollars. These claims were said to arise out of a series of actions carried out by the deceased as an officer and director of the trust company. His alleged misdeeds have exposed the trust company to interest and penalties under the *Income Tax Act* of Canada, and forced the company to incur expenses in connection with the investigation of the transactions. The plaintiff also claims general damages with reference to the publicity attendant upon or resulting from the disclosure of evasion of income tax by the trust company, together with punitive damages, and damages for loss of good will, breach of contract, breach of fiduciary duty and breaches of trust.

The appellant, the Public Trustee, as trustee of the estate of the deceased, seeks the restoration of the disposition of the court of first instance on three separate bases.

Firstly, the appellant submits that the trust company may not sue itself and, having done so, the result is a nullity rather than a mere irregularity and may not be rectified by the substitution of the Public Trustee for the executors named in the will and to whom letters probate were issued pursuant to the order of Maloney J. two years after the issuance of the writ. All parties were in agreement that no person may bring a matter to trial by commencing an action against himself. Indeed, the trust company does not dispute the principle that the trust company may not, in its corporate capacity, bring an action to trial against itself in its representative capacity. The only issue is whether or not the issuance of the writ is a nullity, as alleged by the appellant. Counsel have not been able to direct this Court to any authority where the issuance of a writ in these circumstances is in law a nullity. Of course the writ of summons cannot be a nullity *in toto* because it is conceded that at least as against the defendant Edward Thomas Berry the writ is valid in so far as it includes claims against him in his personal capaci-

Dans les procédures écrites qui font partie de l'exposé des faits, la compagnie de fiducie réclame environ deux millions de dollars à la succession. Ces réclamations découlent, prétend-elles, d'une série d'opérations effectuées par le défunt en sa qualité de dirigeant et d'administrateur de la compagnie de fiducie. Les actions qu'on lui reproche ont exposé la compagnie de fiducie à payer des intérêts et des pénalités aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada et l'ont obligée à engager des dépenses pour enquêter sur les opérations. La demanderesse réclame également des dommages-intérêts généraux relativement à la publicité qui a entouré la révélation de l'évasion fiscale en question, ou qui en a résulté, des dommages-intérêts punitifs et des dommages-intérêts pour perte d'achalandage, violation de contrat, manquements à des devoirs fiduciaires et violation de fiducie.

L'appelant, le Fiduciaire public, en sa qualité de fiduciaire de la succession du défunt, cherche à obtenir le rétablissement du jugement du tribunal de première instance et invoque trois moyens distincts.

Tout d'abord, l'appelant prétend que la compagnie de fiducie ne peut intenter d'action contre elle-même et que, l'ayant fait, il en résulte une nullité et non une simple irrégularité que ne peut corriger la substitution, conformément à l'ordonnance du juge Maloney deux ans après la délivrance du bref d'assignation, du Fiduciaire public aux exécuteurs nommés dans le testament et auxquels des lettres de vérification ont été accordées. Toutes les parties ont reconnu qu'on ne saurait porter une affaire devant les tribunaux en intentant une action contre soi-même. En fait la compagnie de fiducie ne conteste pas le principe qu'elle ne peut pas, en sa qualité de compagnie, intenter une action contre elle-même en sa qualité de représentante. La seule question est de savoir si, comme le prétend l'appelant, la délivrance du bref d'assignation est entachée de nullité. Les avocats n'ont pas pu nous citer de jurisprudence portant que la délivrance d'un bref dans ces circonstances constitue une nullité en droit. Bien sûr, le bref d'assignation ne peut être totalement nul parce qu'il est admis, du moins en ce qui concerne le défendeur

ty. The appellant supports his submission of nullity by reference to *Neale v. Turton*⁶; *Boyce v. Edbrooke*⁷; and *Ellis v. Kerr*⁸ at p. 534. In each of these cases the court was concerned not with the status in law of the initiatory document but rather with the nature of the right allegedly arising in law which the plaintiff sought to put in issue. In all cases the document under litigation was one form of contract or another and these cases can be regarded as illustrations of the proposition that, at common law, a person could not contract with himself. There being no contract, the actions could not proceed.

This same issue was approached from a procedural viewpoint by Moss C.J.O. in *Ontario Bank v. O'Reilly*⁹ where at p. 434 it was stated that:

... since the Judicature Act there exists no reason why if two firms have a common partner an action should not be maintained by one against the other

The same learned justice in a later case also dealing with the law of partnership concluded that an action could be maintained by a partner against his fellow partners and in so concluding disposed of *Ellis v. Kerr, supra*, with the comment that:

The action failed because there was no covenant to sue upon, and not because of the form of the action.

See *Bigelow v. Powers*¹⁰ at p. 35.

There would appear to be innumerable instances where courts in this country have entertained actions wherein natural and corporate persons find themselves on both sides of the same proceeding: *Re MacNaughton*¹¹; *Glatt v. Glatt*¹²; *Thompson (personally and as executor of Harry Alcroft Thompson, deceased) and Norris v. Lamport and*

Edward Thomas Berry, que l'assignation est valide dans la mesure où elle formule des réclamations contre lui personnellement. L'appelant fonde son allégation du nullité sur les arrêts *Neale v. Turton*⁶; *Boyce v. Edbrooke*⁷; et *Ellis v. Kerr*⁸, à la p. 534. Dans chacune de ces affaires, le tribunal devait examiner non pas la valeur juridique de l'acte introductif d'instance mais plutôt la nature du droit qui découlait présumément de la *common law* et que le demandeur cherchait à contester. Dans les trois affaires, le document en litige était un contrat d'un type ou d'un autre et on peut les considérer comme une illustration de la proposition qu'en *common law*, personne ne peut conclure un contrat avec lui-même. Vu l'absence de contrat, les actions ne pouvaient suivre leurs cours.

La même question a été examinée sous l'angle de la procédure par le juge Moss, juge en chef de l'Ontario, dans *Ontario Bank v. O'Reilly*⁹ à la p. 434 où il dit que:

[TRADUCTION] . . . depuis l'adoption de The Judicature Act rien n'empêche que deux sociétés ayant un associé commun intentent une action l'une contre l'autre

Dans un arrêt subséquent portant également sur le droit des sociétés, le même savant juge a conclu qu'un associé pouvait intenter une action contre ses coassociés et, ce faisant, il a écarté l'arrêt *Ellis v. Kerr*, précité, en ces termes:

[TRADUCTION] L'action a échoué non pas en raison de sa forme mais vu l'absence de convention pouvant faire l'objet de poursuites.

Voir *Bigelow v. Powers*¹⁰ à la p. 35.

Il semble que les tribunaux de ce pays ont très souvent été saisis d'actions dans lesquelles des personnes physiques ou morales se retrouvaient des deux côtés dans un même procès: *Re MacNaughton*¹¹; *Glatt v. Glatt*¹²; *Thompson (en sa qualité personnelle et à titre d'exécuteur de feu Harry Alcroft Thompson) et Norris c. Lamport et*

⁶ (1827), 4 Bing. 149; 130 E.R. 725.

⁷ [1903] 1 Ch. 836.

⁸ [1910] 1 Ch. 529.

⁹ (1906), 12 O.L.R. 420 (C.A.).

¹⁰ (1911), 25 O.L.R. 28 (C.A.)

¹¹ (1973), 17 C.B.R. (N.S.) 211.

¹² [1935] D.L.R. 99 (Ont. H.C.); [1936] O.R. 75(C.A.); [1937] S.C.R. 347.

⁶ (1827), 4 Bing. 149; 130 E.R. 725.

⁷ [1903] 1 Ch. 836.

⁸ [1910] 1 Ch. 529.

⁹ (1906), 12 O.L.R. 420 (C.A.).

¹⁰ (1911), 25 O.L.R. 28 (C.A.).

¹¹ (1973), 17 C.B.R. (N.S.) 211.

¹² [1935] 4 D.L.R. 99 (H.C. Ont.); [1936] O.R. 75 (C.A.); [1937] R.C.S. 347.

*Chartered Trust and Executor Co. and Thompson (executors of Alexander Montgomery Thompson, deceased*¹³). In *Martin v. Martin et al.*¹⁴ the court faced circumstances approximating those before us in these proceedings. The plaintiff sought specific performance of a contract for the sale of land but before trial the defendant-purchaser died, and in order to execute judgment the plaintiff was finally required to cite the widow to take administration of the deceased defendant's estate, and upon her refusal, the plaintiff had himself appointed administrator. Thereafter, a second action was instituted by the plaintiff against himself as administrator together with the deceased's widow as defendants. Rose, C.J.H.C., stated at pp. 448-9:

It seems to be quite clear that this was irregular

However the estate was not a necessary party Mrs. Kellogg, the grantee, is in fact the only person interested in opposing the plaintiff's claim, and the difficulty arising from the form of the action could be got over by allowing the plaintiff to discontinue as against himself as administrator and to proceed against Mrs. Kellogg as the sole defendant.

Similar action was taken by Maugham J. in *In re Phillips*¹⁵ where, on a motion for the construction of a will, the court struck out the Public Trustee as a defendant and substituted a person beneficially interested in the estate. Maloney J. accomplished the same end in 1977 by allowing the application by the trust company for replacement of the trustees of the deceased's estate. I note in passing that this application was opposed by the appellant and the defendant Edward Thomas Berry.

If one were required to proceed further afield in search of similar circumstances where the courts have dealt with the question of the propriety of parties appearing as plaintiff or defendant or both, one might consider the position of the corporation in a derivative action brought by shareholders in connection with the enforcement of a corporate

*Chartered Trust and Executor Co. et Thompson (exécuteurs de feu Alexander Montgomery Thompson*¹³). Dans *Martin v. Martin et al.*¹⁴ la cour examinait une situation assez semblable à celle qui nous est soumise ici. Le demandeur cherchait à obtenir l'exécution directe d'un contrat de vente de terrain, mais le défendeur-acheteur est décédé avant l'audience et, pour faire exécuter le jugement, le demandeur a finalement dû assigner la veuve pour lui faire administrer la succession du défunt; suite à son refus, il s'est fait nommer lui-même administrateur. Le demandeur a ensuite intenté une seconde action contre lui-même, en sa qualité d'administrateur, et la veuve comme défendeurs. Le juge Rose, juge en chef de la Haute Cour, a dit aux pp. 448 et 449:

[TRADUCTION] Il semble très clair que c'était irrégulier

Cependant la succession n'était pas une partie nécessaire . . . M^{me} Kellogg, la bénéficiaire, est en fait la seule personne qui a intérêt à contester la réclamation du demandeur, et la difficulté qui découle de la forme de l'action pourrait être contournée si l'on permettait au demandeur de se désister contre lui-même en sa qualité d'administrateur et de continuer les procédures contre M^{me} Kellogg comme seule défenderesse.

Le juge Maugham a pris des mesures semblables dans *In re Phillips*¹⁵ où, sur une requête visant l'interprétation d'un testament, la cour a radié le Fiduciaire public comme défendeur et l'a remplacé par une personne ayant un droit à titre de bénéficiaire de la succession. Le juge Maloney est parvenu au même résultat en 1977 en accueillant la requête de la compagnie de fiducie qui demandait le remplacement des fiduciaires de la succession. Je fais remarquer en passant que cette requête a été contestée par l'appellant et le défendeur Edward Thomas Berry.

Si l'on devait continuer à chercher des situations semblables où les tribunaux ont examiné la régularité de la comparution de parties en tant que demandeur ou défendeur ou les deux, on pourrait examiner la situation de la compagnie dans une action que des actionnaires intentent pour faire respecter un droit de la compagnie. Le droit visé

¹³ [1945] S.C.R. 343.

¹⁴ [1937] O.W.N. 444.

¹⁵ [1931] W. N. 271.

¹³ [1945] R.C.S. 343.

¹⁴ [1937] O.W.N. 444.

¹⁵ [1931] W.N. 271.

right. The derivative right is, of course, that of the company, and hence the need for the use of the company's name as plaintiff. On the other hand, to make an effective order in many cases it must run against the company. In discussing these procedural conundrums the learned author Wegenast, in his book *Canadian Companies* (1931), states at p. 772:

But it has been said that it is merely a question of practice; and where the parties are before the Court any necessary amendment may be made in the form of action, allowing the company's name to be struck out as plaintiff, or to be added as plaintiff, or defendant or to be shifted from one position to the other; with leave, where necessary, to plead anew.

There is obviously no question, in the author's opinion, that any such misstep would result in nullity.

Secondly, the appellant submitted that the trust company's claims against the estate had merged or otherwise become extinguished by operation of law automatically upon the acceptance by the trust company of letters probate in September 1970. This submission is made notwithstanding the fact that it is admitted that at the time of grant of letters probate, the trust company had no knowledge of the existence of any claims against its former president, director and chief executive officer. Alternatively, it is submitted that merger by operation of law occurred concurrently with the issuance of the writ of summons by the trust company against the estate. The root of this argument is said to be found in *Woodward v. Darcy*¹⁶ wherein the twin doctrines of merger and retainer are discussed. In that case the doctrine of retainer was described as the executor's right to withhold assets from the estate to satisfy debts owing him by the testator, notwithstanding that his action in debt was forever barred, according to the doctrine of merger, by his administration of the estate. In *Attorney-General v. Jackson*¹⁷. Lord Atkin referred to *Woodward v. Darcy, supra*, and went on to state at p. 370:

par cette action appartient évidemment à la compagnie, d'où la nécessité d'utiliser le nom de la compagnie comme demanderesse. Par ailleurs, pour être efficace, l'ordonnance rendue à l'issue de cette action devra le plus souvent viser la compagnie. En analysant ces énigmes de procédure, le savant auteur Wegenast, dans son ouvrage intitulé *Canadian Companies* (1931), dit à la p. 772:

[TRADUCTION] Mais on a dit que ce n'est qu'une question de pratique; et lorsque les parties sont devant la cour, on peut amender dans la mesure nécessaire la forme de l'action pour permettre de radier le nom de la compagnie comme demanderesse, de l'ajouter comme demanderesse ou défenderesse ou de la déplacer d'une position à l'autre; avec autorisation, au besoin, de plaider à nouveau.

Il n'est manifestement pas question, selon l'auteur, qu'une telle erreur entraîne la nullité.

Deuxièmement, l'appelant prétend que les réclamations de la compagnie de fiducie contre la succession se sont automatiquement éteintes par confusion ou par l'effet de la loi lorsque la compagnie de fiducie a accepté les lettres de vérification en septembre 1970. C'est ce qu'il fait valoir bien qu'il soit admis qu'au moment de la délivrance des lettres de vérification, la compagnie de fiducie ignorait l'existence de réclamations contre son ancien président, administrateur et chef de la direction. Subsidiairement, il allègue qu'il y a eu confusion par l'effet de la loi lorsque la compagnie de fiducie a lancé le bref d'assignation contre la succession. Il prétend que cet argument prend sa source dans l'arrêt *Woodward v. Darcy*¹⁶ où la double doctrine de la confusion et de la rétention est examinée. Dans cette affaire, la doctrine de la rétention a été décrite comme le droit de l'exécuteur testamentaire de retenir des actifs de la succession pour payer les dettes que lui devait le testateur, bien que, selon la théorie de la confusion, une fin de non-recevoir soit à jamais opposable à son action en recouvrement de créances du fait qu'il est l'administrateur de la succession. Dans *Attorney-General v. Jackson*¹⁷, après avoir mentionné l'arrêt *Woodward v. Darcy*, précité, lord Atkin ajoute à la p. 370:

¹⁶ (1555), 1 Plowd. 184; 75 E.R. 282.

¹⁷ [1932] A.C. 365.

¹⁶ (1555), 1 Plowd. 184; 75 E.R. 282.

¹⁷ [1932] A.C. 365.

The case shows the right of retainer well established, but does not refer to the limitation of the right to retain only against debts of equal degree. It did not arise in that case, where the action was in debt, and the plea averred a retainer of a debt due on a recognizance of the force of a statute staple. The limitation is, however, also well established. As stated by Blackstone, the law allows the executor to retain so much as will pay himself before any other creditors whose debts are of equal degree.

In cases where there were insufficient assets to meet all claims against the estate, the rule operated to elevate the executor's claim above creditors of equal degree. Lord Westbury L.C. lamented in *Boyd v. Brooks*¹⁸ at p. 606 that this principle of law was "a barbarous one", but this branch of the retainer doctrine was abolished in Ontario in 1865 by s. 28 of *The Property and Trusts Act*, 29 Vict., c. 28 (U.C.), now s. 50(1) of *The Trustee Act*, R.S.O. 1970, c. 470. The section now reads:

50.—(1) On the administration of the estate of a deceased person, in the case of a deficiency of assets, debts due to the Crown and to the personal representative of the deceased person, and debts to others, including therein debts by judgment or order, and other debts of record, debts by specialty, simple contract debts, and such claims for damages as are payable in like order of administration as simple contract debts shall be paid *pari passu* and without any preference or priority of debts of one rank or nature over those of another; but nothing herein prejudices any lien existing during the lifetime of the debtor on any of his property.

However, where the assets are sufficient to satisfy all creditors, the executor's right to retainer presumably still exists in order to avoid the extinction of his claim by the operation of the doctrine of merger. Master Boyd, later Chancellor Boyd, stated in *Kline v. Kline*¹⁹ at p. 168:

¹⁸ (1865), 34 L.J.Ch. 605.

¹⁹ (1871), 3 Chamb. Rep. 161.

[TRANSLATION] L'affaire montre que le droit de rétention est bien établi, mais ne parle pas de la limitation de ce droit aux créances de même rang. Cette question ne s'y posait pas puisqu'il s'agissait d'une action en recouvrement de créances et que la déclaration faisait valoir le droit de rétention pour une dette échue par application d'une garantie protégeant les marchands. Toutefois, la limitation est également bien établie. Comme l'a déclaré Blackstone, en droit, l'exécuteur peut retenir le montant nécessaire pour satisfaire sa créance avant tous les autres créanciers de même rang.

Dans les affaires où l'actif était insuffisant pour satisfaire toutes les réclamations contre la succession, la règle avait pour effet de donner priorité à la réclamation de l'exécuteur sur celle des créanciers de même rang. Dans *Boyd v. Brooks*¹⁸ à la p. 606, le lord chancelier Westbury remarque avec regret que ce principe de droits est «barbare», mais cette partie de la doctrine de la rétention a été abolie en Ontario en 1865 par l'art. 28 de *The Property and Trusts Act*, 29 Vict., chap. 28 (H.-C.), maintenant le par. 50(1) de *The Trustee Act*, R.S.O. 1970, chap. 470. Voici le texte actuel de ce paragraphe:

[TRANSLATION] 50.—(1) Si, dans l'administration d'une succession, l'actif s'avère insuffisant, les créances de la Couronne et des représentants personnels du défunt, et les autres créances, y compris les créances reconnues par jugement ou ordonnance, et les autres créances enregistrées, les créances sous sceau, les créances découlant d'un contrat simple, ainsi que les réclamations en dommages-intérêts payables au même titre que les créances résultant de contrats simples doivent être payées *pari passu* et sans préférence ou priorité quant à leur rang ou leur nature les unes par rapport aux autres; mais rien au présent paragraphe ne porte atteinte à un privilège qui grevait les biens du débiteur pendant sa vie.

Cependant, lorsque l'actif est suffisant pour désintéresser tous les créanciers, le droit de rétention de l'exécuteur existe apparemment toujours afin d'éviter l'extinction de sa réclamation par l'application de la doctrine de la confusion. Le Master Boyd, plus tard le chancelier Boyd, a déclaré dans *Kline v. Kline*¹⁹ à la p. 168:

¹⁸ (1865), 34 L.J. Ch. 605.

¹⁹ (1871), 3 Chamb. Rep. 161.

But the case is different where the assets are sufficient to pay all, or where the executor is the only creditor. The foundation of the doctrine of retainer consists in the union of the right to sue and the liability to be sued in one and the same person; and the principle is laid down that as the executor representing both debtor and creditor cannot sue himself, he may appropriate the assets in satisfaction of his demand. He can go, then, to the same extent in retaining as he could have gone supposing he were in a position to sue for his debt, *Toller's Executors*, p. 297. He can retain in respect of any claim legal or equitable for which he could have sued at law or filed a bill in equity. As against creditors at law, the executor's right to retain is a legal right, and is usually based upon a debt at law: as between the executor and the estate it is of the very essence of equity, that he be allowed to repay himself before accounting to the estate, and paying over the assets.

We have been referred to no authority suggesting that the type of retainer discussed by Master Boyd has been abolished in Ontario. Assuming for the moment that it does still exist, it is clear that such a retainer operates only in respect of ascertained debts or damages for which a certain standard or measure exists: *Loane v. Casey*²⁰. In that case the executrix was allowed to retain sums due to her under a covenant which her late husband had made with a trustee on her behalf, but only because a sum certain (an annuity of £200 per annum) was involved. Blackstone J., then a judge of the Court of Common Pleas, observed at p. 570:

Damages, that are in their nature arbitrary, cannot be retained; because, till judgment, no man can foretell their amount. Such are damages founded upon torts. But where damages arise from the breach of a pecuniary contract, there is a certain measure for them; and such damages may well be retained. The remedy for a note of hand carrying interest is only in damages, but will any one say this shall not be retained?

²⁰ (1775), 96 E.R. 569.

[TRANSLATION] Mais la situation est différente lorsque l'actif est suffisant pour payer tous les créanciers ou lorsque l'exécuteur est le seul créancier. Le fondement de la doctrine de la rétention réside dans la réunion sur la même personne du droit de poursuivre et d'être poursuivie; et en principe, comme l'exécuteur, qui représente à la fois le débiteur et le créancier, ne peut se poursuivre lui-même, il peut s'approprier l'actif pour satisfaire sa réclamation. Il peut donc dans la même mesure retenir ce qu'il aurait réclamé s'il lui avait été possible d'intenter une action en recouvrement de créances, *Toller's Executors*, à la p. 297. Il peut exercer son droit de rétention relativement à toute réclamation fondée en droit ou en *equity* pour laquelle il aurait pu intenter une action en justice ou déposer une demande en *equity*. Relativement aux créanciers en *common law*, le droit de rétention de l'exécuteur est un droit légal, normalement fondé sur une créance reconnue en droit: quant aux relations entre l'exécuteur et la succession, il est de l'essence même de l'*equity* qu'on lui permette de satisfaire sa propre créance avant de rendre compte à la succession et de distribuer l'actif.

On ne nous a mentionné aucune jurisprudence portant que le type de rétention dont parle le Master Boyd ait été aboli en Ontario. Si l'on présume pour l'instant qu'il existe toujours, il est certain qu'un tel droit de rétention ne s'applique qu'à l'égard de créances ou de dommages-intérêts dont le montant peut être fixé selon une norme ou mesure: *Loane v. Casey*²⁰. Dans cette affaire, on avait permis à l'exécutrice de retenir certaines sommes qui lui étaient dues aux termes d'un contrat que feu son mari avait signé avec un fiduciaire au nom de celle-ci, mais seulement parce qu'il s'agissait d'un montant déterminé (une rente annuelle de £200). Le juge Blackstone, alors juge de la *Court of Common Pleas*, a fait remarquer à la p. 570:

[TRANSLATION] Les dommages-intérêts qui sont par nature arbitraires ne peuvent être retenus; en effet, jusqu'au jugement, nul ne peut en prédire le montant. Tel est le cas des dommages-intérêts fondés sur les délits. Mais lorsque les dommages-intérêts découlent de la violation d'un contrat à caractère pécuniaire, il en existe une mesure et on peut les retenir. Le seul recours dans le cas d'un billet à ordre portant intérêts est une action en dommages-intérêts, mais peut-on dire que ceux-ci ne peuvent être retenus?

²⁰ (1775), 96 E.R. 569.

The Court of Appeal cited this passage with approval in *Re Compton, Norton v. Compton*²¹ at p. 21.

It can readily be seen that the numerous claims in issue here are not susceptible of precise ascertainment. Indeed, a lengthy and involved trial will probably be necessary to determine the exact extent of the Berry estate's liability. According to the case law the executor cannot exercise his right of retainer in respect of these claims. But does this conclusion oblige us to hold that the executor's claim has been annihilated by the doctrine of merger? This may have been the case at common law, but I do not believe that such is now the law in Ontario. Two sections of *The Trustee Act* contemplate that an executor may launch an action for a personal claim against the deceased's estate. Section 38(2) reads:

38.— . . .

(2) Except in cases of libel and slander, if a deceased person committed or is by law liable for a wrong to another in respect of his person or property, the person wronged may maintain an action against the executor or administrator of the person who committed or is by law liable for the wrong.

This section was passed in order to avoid the harshness of the common law rule enshrined in the maxim *actio personalis moritur cum persona* (a personal action dies with the person). Although the possibility of a suit by an executor wronged in his personal capacity against himself in his representative capacity was probably not uppermost in the mind of the legislator when the section was drafted, the words "person wronged" stand unqualified and apply as much to a wronged executor as to a stranger to the estate. This result accords with common sense, as there is no reason that an executor should be in a worse position than third parties to make good his claims against the estate.

Section 50(1) of *The Trustee Act, supra*, is also relevant, in that it contemplates that a personal representative will be able to assert his claim for a debt against the estate. While it may be said that

²¹ (1885), 30 Ch. D. 15.

La Cour d'appel a cité et approuvé ce passage dans l'arrêt *Re Compton, Norton v. Compton*²¹ à la p. 21.

Nous pouvons facilement constater que les nombreuses réclamations en litige en l'espèce ne peuvent être fixées avec précision. En fait, il faudra sans doute un procès long et compliqué pour déterminer l'étendue exacte des dettes de la succession Berry. Selon la jurisprudence, l'exécuteur ne peut exercer son droit de rétention relativement à ces réclamations. Mais cette conclusion nous oblige-t-elle à juger que la réclamation de l'exécuteur a été annihilée par la doctrine de la confusion? Tel était peut-être le cas en *common law*, mais je ne crois pas que ce soit maintenant l'état du droit en Ontario. Deux articles de *The Trustee Act* prévoient qu'un exécuteur peut intenter une action en réclamation d'une créance personnelle contre la succession du défunt. Voici le texte du par. 38(2):

[TRADUCTION] 38.— . . .

(2) Sauf dans les cas de diffamation écrite ou verbale, si une personne décédée a commis un délit ou est responsable en droit d'un délit envers une personne ou ses biens, la victime peut intenter une action contre l'exécuteur ou l'administrateur de la succession de la personne qui a commis le délit ou qui en est responsable.

Cet article a été adopté pour remédier à la sévérité de la règle de *common law* consacrée par la maxime *actio personalis moritur cum persona* (l'action personnelle meurt avec la personne). Bien que la possibilité d'une poursuite par l'exécuteur lésé en sa qualité personnelle contre lui-même ès qualités n'ait sans doute pas occupé la première place dans l'esprit du législateur lors de la rédaction de cet article, le mot «victime» n'est assorti d'aucune réserve et s'applique aussi bien à l'exécuteur lésé qu'à un étranger à la succession. Ce résultat est logique car rien ne justifie qu'un exécuteur soit dans une position moins favorable que les tiers pour faire valoir ses réclamations contre la succession.

Le paragraphe 50(1) de *The Trustee Act*, précité, est également pertinent; en effet, il prévoit qu'un représentant personnel peut également faire valoir sa créance contre la succession. Bien que

²¹ (1885), 30 Ch. D. 15.

this is no more than a legislative recognition of the rule in *Woodward v. Darcy, supra*, it should be noted that the mechanics of the statute and the case are different. *Woodward v. Darcy* justified the personal representative's right to help himself to property from the deceased's goods equal to the amount of his debt by means of the fiction that "the property of those goods is altered and vested in himself, that is, he has them as his own proper goods in satisfaction of his debt, and not as executor[,] [s]o that there is a transmutation of property, by the operation of law, without suit and execution", at p. 285 E.R. This quaint doctrine of self-help may have been necessary in 1555 to overcome the injustices inherent in a rigid system of procedure, but such a policy is no longer favoured by the law. Citizens are expected to vindicate their rights via established procedures in courts of law, not on their own initiative. Section 50(1) treats the personal representative's debt on the same footing as all other debts due by the deceased. Although in a majority of cases the personal representative will be able to satisfy his debt directly from the assets over which he has control, s. 50(1) directs that any such claims are satisfied as debts, and not because of any "transmutation of property". If a personal representative should become incapacitated before satisfying his debt, there is no doubt that s. 50(1) would allow his or her representative to take an action against the deceased's estate to recover the amount in issue.

While I realize that s. 50(1) applies only to debts and not to claims for unliquidated damages as are in issue here, I have examined it along with s. 38(2) in order to show that *The Trustee Act* treats the claims (used in the broad sense) of a personal representative against an estate on the same footing as any other claim. Such a statutory scheme is inconsistent with the notion that a personal representative's claims are extinguished upon the commencement of his administration. To this extent, the doctrine of merger has been repealed by statute and the concept of retainer which was evolved to avoid it is no longer necessary.

l'on puisse dire que cela n'est rien d'autre qu'une reconnaissance législative de la règle formulée dans *Woodward v. Darcy*, précité, il faut souligner que le mécanisme de la loi et l'affaire sont différents. *Woodward v. Darcy* a justifié le droit du représentant personnel de prélever lui-même sur les biens du défunt une valeur égale à sa créance, au moyen de la fiction que [TRADUCTION] «la propriété de ces biens est modifiée et lui est dévolue, c'est-à-dire qu'il les détient comme s'ils lui appartenaient en propre pour payer sa créance, et non en tant qu'exécuteur[,] [d]e sorte qu'il y a translation de propriété, par l'opération de la loi sans poursuite ni exécution», à la p. 285 E.R. Cette doctrine originale de «libre-service» était peut-être nécessaire en 1555 pour venir à bout des injustices inhérentes à un système procédural rigide, mais une telle ligne de conduite n'est plus encouragée en droit. On s'attend à ce que les citoyens fassent valoir leurs droits en recourant aux procédures établies dans les cours de justice, et non de leur propre initiative. Le paragraphe 50(1) assimile la créance du représentant personnel à toutes les autres dettes du défunt. Bien que dans la majorité des cas, le représentant personnel puisse satisfaire ses créances directement à même l'actif qu'il contrôle, le par. 50(1) énonce que c'est à titre de créances que ces réclamations sont payées et non en raison d'une «translation de propriété». Si un représentant personnel devenait incapable avant d'avoir recouvré sa créance, il n'y a aucun doute que le par. 50(1) permettrait à son représentant d'intenter une action contre la succession pour récupérer le montant en cause.

Bien que je sois conscient que le par. 50(1) ne s'applique qu'aux créances et non aux réclamations en dommages-intérêts non liquidés comme en l'espèce, je l'ai analysé en corrélation avec le par. 38(2) pour montrer que *The Trustee Act* assimile les réclamations (au sens large) d'un représentant personnel contre une succession aux autres réclamations. L'économie de la Loi est donc incompatible avec l'idée que les réclamations d'un représentant personnel s'éteignent dès qu'il commence son administration. Dans cette mesure, la doctrine de la confusion a été abolie par la Loi et le concept de la rétention qu'on avait élaboré pour l'éviter n'est plus nécessaire.

Thirdly, I move to the submission made by Mr. Barnes, counsel for the defendant Edward Berry, that as a condition precedent to the issuance of a writ by the trust company against the personal representatives of the estate of the deceased, the trust company had to remove itself as executor. This argument he based on the principle that a trustee cannot allow himself to be put into a situation where his personal interest conflicts with his duty. It is said that had the writ issued after the order of Maloney J. it would have been valid and effective, but as it was issued before such order of removal the writ is a nullity. This submission of course conflicts with the second submission by counsel for the appellant to the effect that merger occurred upon the grant of letters probate. Counsel for the trust company agrees at once with the proposition that a trustee may not place himself in a position of conflict between his duties as a trustee and his personal position. The sole difference between the parties on this, and indeed on all points, is simply, what is the consequence of a trustee placing itself in such a position of conflict by issuing a writ in the circumstances here? The purpose for the conflict rule in the common law is obvious and has been so frequently enunciated in our law that I do no more than point to the speeches of Lord Herschell in *Bray v. Ford*²² at p. 51 and Lord Eldon L.C. in *Ex parte James*²³ at pp. 344-5. See also *Boardman v. Phipps*²⁴ and, in a corporate setting, *Canadian Aero Service Limited v. O'Malley*²⁵ at pp. 608-10. It is not surprising therefore to find in the reports innumerable illustrations of the rule in instances where beneficiaries have proceeded against their trustee to cause him to disgorge profits wrongfully gained by him in his capacity as trustee at the expense of the estate and its beneficiaries. All these authorities of course are far from the point now before us. Here we have the case of an executor who, far from seeking to profit from his position at the expense of the beneficiaries, is simply moving to realize a claim the existence of which was unknown to the executor at the time of the death of the deceased or the grant of

Troisièmement, j'en viens à la prétention de M^c Barnes, avocat du défendeur Edward Berry, portant qu'une condition préalable de la délivrance du bref d'assignation de la compagnie de fiducie aux administrateurs de la succession était que cette dernière cesse d'agir comme exécutrice. Cet argument est fondé sur le principe qu'un fiduciaire ne peut se placer dans une situation où son intérêt personnel entre en conflit avec ses obligations. On prétend que si le bref d'assignation avait été délivré après l'ordonnance du juge Maloney, il aurait été valide et exécutoire, mais que l'ayant été avant cette ordonnance de retrait, il est nul. Cette prétention entre évidemment en conflit avec la deuxième prétention de l'avocat de l'appelant portant qu'il y a eu confusion lors de la délivrance des lettres de vérification. L'avocat de la compagnie de fiducie accepte volontiers la proposition qu'un fiduciaire ne peut se mettre dans une situation où il y a conflit entre ses obligations de fiduciaire et son intérêt personnel. La seule divergence entre les parties sur ce point et, en somme sur tous les points, porte simplement sur la question de savoir quelle est la conséquence de la situation de conflit dans laquelle se place un fiduciaire lorsqu'il obtient un bref d'assignation dans les circonstances de la présente espèce. L'objet de la règle de conflit en *common law* a été si souvent énoncé dans notre droit que je me limiterai à mentionner les jugements de lord Herschell dans *Bray v. Ford*²² à la p. 51 et du lord chancelier Eldon dans *Ex parte James*²³ aux pp. 344 et 345. Voir également *Boardman v. Phipps*²⁴ et, dans le cadre des compagnies, *Canadian Aero Service Limited c. O'Malley*²⁵ aux pp. 608 à 610. Il n'est donc pas étonnant de trouver dans les recueils des exemples innombrables de la règle dans des cas où des bénéficiaires ont intenté des procédures contre leur fiduciaire pour lui faire remettre les profits qu'il avait illégalement gagnés en sa qualité de fiduciaire aux dépens de la succession et de ses bénéficiaires. Toutefois, toutes ces décisions sont très éloignées de la question qui nous est maintenant soumise. Ici nous avons un exécuteur qui, loin

²² [1896] A.C. 44 (H.L.).

²³ (1803), 8 Ves. 337.

²⁴ [1967] 2 A.C. 46.

²⁵ [1974] S.C.R. 592.

²² [1896] A.C. 44. (C.L.)

²³ (1803), 8 Ves. 337.

²⁴ [1967] 2 A.C. 46.

²⁵ [1974] R.C.S. 592.

probate in his estate. Faced with circumstances not contemplated by the rule as enunciated by Lord Eldon in *Ex parte James, supra*, the courts have been quick to relieve against a harsh operation of the rule. Thus we see Harman L.J. declining to apply the rule in *Holder v. Holder*²⁶, being of the opinion that

... in a case where the reasons behind the rule do not exist I do not feel bound to apply it. (at p. 392)

Sachs L.J. concurring at pp. 402-3 stated:

Thus the rigidity of the shackles imposed by the rule on the discretion of the court may perhaps before long be reconsidered as the courts tend to lean more and more against such rigidity of rules as can cause patent injustice ...

These comments, it should be noted, relate to the request for relief against the application by rote of the substantive rule prohibiting certain acts on the part of the trustee when a conflict of interest exists. It is all the more important that the procedural trappings of the rule are not applied in a mindless way so as to strip the innocent of a clear right in law to make a claim against the estate. Thus we find in *Vyse v. Foster*²⁷ the court declining to apply the rule so as to prevent a fellow partner of the deceased making claim against the estate of the deceased in his capacity as a partner of the deceased. The articles of partnership provided for the eventuality of death by a devolution of partnership assets to survivors. Lord Cairns L.C. at p. 332 stated:

I apprehend it to have been perfectly clear that the testator could not, by appointing one of his partners as his executor, annul that partnership contract which he had deliberately entered into. I cannot admit that it was necessary for the person so appointed executor to disclaim the executorship in order to save his contract.

²⁶ [1968] 1 Ch. 353.

²⁷ (1874), L.R. 7 H.L. 318.

d'essayer de profiter de sa situation aux dépens des bénéficiaires, désire simplement faire valoir une réclamation dont il ignorait l'existence au moment du décès du défunt et de la délivrance des lettres de vérification afférentes à la succession. Lorsque les tribunaux ont eu à examiner des circonstances non prévues par la règle énoncée par lord Eldon dans *Ex parte James*, précité, ils n'ont pas hésité à en assouplir l'application sévère. Ainsi, le lord juge Harman a refusé d'appliquer la règle dans *Holder v. Holder*²⁶ étant d'avis que

[TRADUCTION] ... dans une affaire où les motifs qui sous-tendent la règle n'existent pas, je ne me sens pas tenu de l'appliquer. (à la p. 392)

Le lord juge Sachs, souscrivant à cette opinion, a dit aux pp. 402 et 403:

[TRADUCTION] Ainsi, la rigidité des contraintes que la règle impose au pouvoir discrétionnaire du tribunal sera peut-être remise en question sous peu puisque les tribunaux ont de plus en plus tendance à s'opposer à la rigidité des règles qui peut entraîner des injustices flagrantes ...

Il faut souligner que ces commentaires se rapportent à une action où l'on s'opposait à l'application mécanique de la règle de droit positif qui interdit certains actes à un fiduciaire en situation de conflit d'intérêts. Il est des plus important de ne pas appliquer sans discernement les à-côtés procéduraux de la règle au risque de priver l'innocent du droit absolu en *common law* d'intenter une action contre la succession. Ainsi dans l'arrêt *Vyse v. Foster*²⁷, la cour a refusé d'appliquer la règle de façon à empêcher un associé du défunt d'intenter une action contre la succession en sa qualité d'associé. Les statuts de la société prévoyaient que, dans l'éventualité d'un décès, l'actif passerait aux survivants. Le lord chancelier Cairns a dit à la p. 332:

[TRADUCTION] Je conçois qu'il était très clair que le testateur ne pouvait pas, en nommant comme exécuteur l'un de ses associés, annuler le contrat de société qu'il avait volontairement conclu. Il m'est impossible d'admettre que la personne ainsi nommée exécutrice doit renoncer à cette fonction afin de protéger son contrat.

²⁶ [1968] 1 Ch. 353.

²⁷ (1874), L.R. 7 H.L. 318.

These words are particularly apt in the light of the act of the deceased here in appointing the trust company to administer his estate with full knowledge of his own improprieties during his lifetime which had given rise, unbeknown to the trust company, to a cause of action by the company against him. For a more recent application of this principle, see *Re Mulholland's Will Trusts, Bryan and Others v. Westminster Bank Ltd.*²⁸ per Wynn-Parry J. at p. 462.

Jessup J.A., speaking for the Court of Appeal in the present appeal, concluded:

On the facts of this case we are not prepared to hold that the plaintiff's cause of action was irrevocably extinguished, as against a successor trustee, when it accepted probate. In this case the plaintiff embarked in good faith on probate of the estate without any knowledge of its cause of action. We think it would be grossly unjust to hold that its action against the successor trustee is barred and there is no binding authority which requires us to arrive at that unjust result.

With that answer I am, with respect, in complete accord. The trust company in my view has not suffered a merger of its rights upon the acceptance of letters probate, has not suffered a merger of its claim by reason of the commencement of these proceedings, and therefore is now in a position by reason of the order of Maloney J. to continue in the prosecution of its action against both the estate and the defendant Edward Berry. Those portions of the writ dealing with the claim by the trust company against the personal representative of the estate of James Wilson Berry in their representative capacity is, as regards the trust company in its representative capacity, an irregularity which is susceptible to rectification as was done in these proceedings and does not render a nullity those parts of the writ of summons relating to the claim by the trust company against the deceased's estate. In the disposition of this claim and this portion of the appeal, I do not find it necessary to deal with the effect in law of service of such a writ of summons upon one of the personal representatives who is not a plaintiff. It may well be that this facet of the circumstances provides an additional answer

²⁸ [1949] 1 All E.R. 460.

Ces propos sont particulièrement appropriés compte tenu de l'acte que le défunt avait accompli en l'espèce en confiant à la compagnie de fiducie l'administration de sa succession alors qu'il savait très bien que sa propre conduite répréhensible avait créé, à l'insu de cette dernière, un droit d'action contre lui. Pour une illustration plus récente de ce principe, voir *Re Mulholland's Will Trusts, Bryan and Others v. Westminster Bank Ltd.*²⁸, le juge Wynn-Parry à la p. 462.

Parlant au nom de la Cour d'appel en l'espèce, le juge Jessup a conclu:

[TRADUCTION] Compte tenu des faits en l'espèce, nous ne pouvons conclure que le droit d'action de la demanderesse a été éteint de façon irrévocable, contre le fiduciaire de la succession, lorsqu'elle a accepté les lettres de vérification. En l'espèce, la demanderesse a de bonne foi demandé des lettres de vérification sans rien savoir de son droit d'action. Nous estimons qu'il serait extrêmement injuste de conclure qu'une fin de non-recevoir s'oppose à son action contre le fiduciaire de la succession et rien dans la jurisprudence n'exige que nous parvenions à ce résultat injuste.

Avec égards, je souscris entièrement à cette réponse. A mon avis, il n'y a pas eu confusion des droits de la compagnie de fiducie lorsque celle-ci a accepté les lettres de vérification, ni confusion de sa réclamation lorsqu'elle a intenté les présentes procédures; elle peut donc maintenant, suite à l'ordonnance du juge Maloney, poursuivre son action à la fois contre la succession et le défendeur Edward Berry. La partie du bref d'assignation qui se rapporte à la réclamation de la compagnie de fiducie contre les représentants personnels de la succession de James Wilson Berry en cette qualité constitue, vis-à-vis de la compagnie de fiducie en sa qualité de représentante, une irrégularité qui peut être corrigée, comme on l'a fait en l'espèce, et n'annule pas les parties du bref d'assignation qui se rapportent à la réclamation de la compagnie de fiducie contre la succession du défunt. Pour trancher cette réclamation et cette partie du pourvoi, je n'estime pas nécessaire d'examiner l'effet juridique de la signification d'un tel bref d'assignation à l'un des représentants personnels qui n'est pas demandeur. Il est fort possible que cet aspect des circonstances fournisse une réponse additionnelle aux pré-

²⁸ [1949] 1 All E.R. 460.

to the submissions of the appellant but, having disposed of the submissions of the appellant on other grounds as set out above, I do not find it necessary to proceed with an examination of this further possible answer to the problems raised in this appeal.

Not only has no authority been advanced for the proposition that the inclusion of the trust company in its representative capacity as a defendant is more than an irregularity but a nullity invalidating that portion of the writ relating to the claim against the estate, but no submission was made of any hardship which would flow from a recognition that such defects are but irregularities capable of rectification by court order. A serious question arises in these proceedings as to whether all of the claims of the trust company are not now statute barred and hence no doubt the reason for these interlocutory proceedings. Clearly some of the claims are statute barred. This is not a controlling circumstance, of course, in the adoption of one principle or another in the solution of the issue raised in this appeal but it does draw attention to the irregularities in the operations of the courts. If on policy we adopt structured, invariable rules which frequently lead to harsh results for no demonstrated purpose, the effectiveness and the quality of judicial service is inevitably impaired. If the courts have here a free choice between these alternative dispositions of the claim, there is no doubt in my mind that fairness, justice and judicial administration all favour the conclusion of irregularity and not nullity. As Pigeon J. said, speaking for a unanimous Court in *Vachon v. Attorney General of the Province of Quebec*²⁹ at p. 563:

Except in the case of a nullity enacted by a specific statutory provision allowing the courts no power to remedy it, the Supreme Court of Canada never hesitates to intervene to reverse a decision which dismisses an action on the merits for a formal defect. To show how this is regularly done in cases from the common law provinces as well as from Quebec, the following exam-

²⁹ [1979] 1 S.C.R. 555.

tentions de l'appelant mais, ayant déjà statué sur ses prétentions pour les autres motifs énoncés ci-dessus, je n'estime pas nécessaire d'examiner cette autre réponse possible aux problèmes posés dans ce pourvoi.

Non seulement aucune jurisprudence n'a-t-elle été citée à l'appui de la proposition que l'addition de la compagnie de fiducie en sa qualité de représentante comme défenderesse n'est pas une simple irrégularité, mais plutôt un vice qui annule la partie du bref relative à la réclamation contre la succession, mais on n'a signalé aucun préjudice qui pourrait découler de la reconnaissance que ces vices sont de simples irrégularités susceptibles d'être corrigées par une ordonnance judiciaire. Une question importante se pose dans ces procédures quant à savoir si la Loi n'impose pas maintenant une fin de non-recevoir à toutes les réclamations de la compagnie de fiducie, ce qui serait sans doute la raison d'être de ces procédures interlocutoires. Il est évident que la Loi impose une fin de non-recevoir à certaines des réclamations. Ce n'est certainement pas une circonstance déterminante dans l'adoption d'un principe ou d'un autre pour résoudre la question soulevée dans ce pourvoi, mais cela souligne les irrégularités dans le fonctionnement des tribunaux. Si sur des questions de principe, nous adoptons des règles méthodiques et intangibles dont les résultats sont souvent sévères sans justification, l'efficacité et la qualité du service judiciaire en souffrira inévitablement. Si les tribunaux peuvent, en l'espèce, choisir librement entre les façons de statuer sur la réclamation, il ne fait aucun doute, à mon avis, que l'équité, la justice et sa bonne administration appuient toutes la conclusion d'irrégularité plutôt que de nullité. Comme l'a dit le juge Pigeon, qui prononçait l'arrêt unanime de la Cour, *Vachon c. Procureur général de la province de Québec*²⁹ à la p. 563:

Sauf devant une nullité décrétée par un texte législatif formel ne laissant aux tribunaux aucun pouvoir d'y remédier, la Cour suprême du Canada n'hésite pas à intervenir pour infirmer un arrêt qui rejette une demande au fond pour vice de forme. Pour bien montrer comment ce principe est systématiquement appliqué dans les affaires venant des provinces de *common law*

²⁹ [1979] 1 R.C.S. 555.

ples may be cited: *Basarsky v. Quinlan*; *Ladouceur v. Howarth*; *Witco Chemical v. Oakville*; *Leesona v. Consolidated Textile Mills et al.*; *Pont-Viau v. Gauthier Mfg.* [Footnotes omitted].

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs in this Court to the respondent trust company against the appellant and the defendant Edward Thomas Berry; and would leave the order as to costs in the courts below as made by the Court of Appeal in its order dated May 31, 1979 undisturbed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the defendant, appellant: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the plaintiff, respondent: Day, Wilson, Campbell, Toronto.

Solicitors for the defendant: Wilson, Barnes, Walker, Montello, Beach & Morga, Windsor.

comme dans celles venant du Québec, je citerai à titre d'exemples: *Basarsky c. Quinlan*; *Ladouceur c. Howarth*; *Witco Chemical c. Oakville*; *Leesona c. Consolidated Textile Mills et autre*; *Pont-Viau c. Gauthier Mfg.* [Notes en bas de page omises].

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en cette Cour en faveur de la compagnie de fiducie intimée et contre l'appelant et le défendeur Edward Thomas Berry, et de ne pas modifier l'ordonnance de dépens devant les cours d'instance inférieure rendue par la Cour d'appel en date du 31 mai 1979.

Pourvoi rejeté.

Procureurs du défendeur, appelant: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de la demanderesse, intimée: Day, Wilson, Campbell, Toronto.

Procureurs du défendeur: Wilson, Barnes, Walker, Montello, Beach & Morga, Windsor.