
Saskatchewan Minerals (*Defendant*)

Appellant;

and

Thomas E. Keyes (*Plaintiff*) *Respondent*.

1971: March 22; 1971: December 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Mines and Minerals—Alkali mining leases—Option to acquire lessee's interest claimed by respondent—Whether option valid in absence of Minister's written consent—Agreement to transfer option—Royalty clause—Whether royalty binding on appellant as subsequent assignee—Alkali Mining Regulations, O.C. 1357/43 (Sask.), s. 11.

Evidence—Alleged option agreement—Respondent giving evidence as to contents of lost agreement—Whether properly admissible—No evidence of attempt to locate agreement or as to existence of copy thereof.

The appellant acquired two alkali leases by assignment from A, which, in turn, had acquired the leases by assignments from the original lessee H. The required approval of the respective assignments

Saskatchewan Minerals (*Défenderesse*)

Appelante;

et

Thomas E. Keyes (*Demandeur*) *Intimé*.

1971: le 22 mars; 1971: le 20 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Mines et minerais—Baux du droit d'extraction des alcalis—Intimé prétendant avoir une option sur les droits du locataire—Option est-elle valide sans le consentement écrit du Ministre—Convention en vue du transport de l'option—Clause visant une redevance—Redevance lie-t-elle l'appelante, cessionnaire subséquente—Alkali Mining Regulations, Décret du Conseil 1357/43 (Sask.), art. 11.

Preuve—Option alléguée—Intimé témoignant quant au contenu du document perdu—Témoignage non recevable—Aucune preuve qu'il a tenté de le trouver ou qu'il en existe une copie.

L'appelante a acquis deux baux du droit d'extraction des alcalis en vertu d'une cession de A, qui, de son côté, avait acquis les baux en vertu de cessions du premier locataire, H. L'approbation pres-

was obtained in accordance with the provisions of s. 11 of the Alkali Mining Regulations of Saskatchewan which read: "The lessee shall not assign, transfer or sublet the rights described in his lease or any part thereof, without the consent in writing of the Minister being first had and obtained."

The case of the respondent (K) as pleaded and argued before the trial judge was that he had obtained an option from H in the latter part of 1943 to purchase the rights under the two leases; that he had tried, without success for some years, to interest various persons in developing the properties; and that early in 1948 he interested A in them, and in the result reached an agreement with A dated June 3, 1948. This agreement, which related to other mining interests held by K, as well as the option, recited, among other things, that K had arranged to transfer to A his option to take over one of the two leases and provided for a consideration of a royalty of twenty-five cents (25¢) per ton on all anhydrous salt produced and sold from the said leasehold property. No assignment of the option was ever made from K to A. Subsequently the lease was assigned directly from H to A on terms different from those contained in the option from H to K. The respondent contended that the royalty covenant in his agreement with A created an interest in the leased land which continued after the assignment of the lease by A to the appellant. Although no option was produced, nor was there any evidence of an acknowledgement of it by H, the trial judge found that K had the option that he claimed and that it gave him rights in the land of which he disposed for consideration that included the royalty which was the subject of these proceedings.

The Court of Appeal affirmed the finding at trial that K had the option alleged by him; but it concluded, contrary to the trial judge, that there had been no assignment thereof in respect of the second lease and no reservation of royalty in respect of that lease. This conclusion turned on its construction of the terms of the agreement of June 3, 1948, as not covering the second lease. The Court of Appeal held further that, whatever oral arrangement or agreement there was between K and A for the payment of a royalty in respect of the second lease, it was not binding on the appellant because the oral transaction rested in contract only and gave no interest in land.

crité de ces cessions a été obtenue en conformité des dispositions de l'art. 11 des Alkali Mining Regulations de Saskatchewan qui prescrivait: «Le locataire ne cédera, ne transportera, ni ne sous-louera les droits décrits dans son bail, ni aucune partie d'icelui, sans avoir au préalable obtenu le consentement par écrit du Ministre».

La thèse de l'intimé (K), telle qu'elle a été présentée et plaidée devant le juge de première instance, c'est que, dans les derniers mois de 1943, il a obtenu de H une option sur les droits visés par les deux baux; il a vainement tenté, pendant quelques années, d'intéresser différentes personnes à mettre les propriétés en valeur; et au début de 1948, il a réussi à éveiller l'intérêt de A, avec qui il a fini par conclure une convention en date du 3 juin 1948. Cette convention, qui avait trait à d'autres droits de mine de K, outre l'option, énonce, entre autres choses, que K a pris les dispositions voulues pour transporter à A son option sur un des deux baux et prévoit comme considération une redevance de vingt-cinq cents (25¢) par tonne sur tout le sel anhydre extrait de ladite propriété louée et vendu. K n'a jamais fait cession à A de l'option. Subsequently H a fait cession à A du bail à des conditions qui différaient de celles que contenait l'option de H à K. L'intimé soutient que la clause de la convention avec A visant la redevance a créé un intérêt dans le bien-fonds loué, intérêt qui est demeuré en vigueur après la cession du bail que A a consenti à l'appelante. Bien qu'aucune option n'ait été versée au dossier et qu'aucune reconnaissance de l'option par H n'ait été fournie en preuve, le juge de première instance a conclu que K détenait l'option qu'il soutient avoir, et que cela lui conférait des droits sur le bien-fonds qu'il a aliéné moyennant une contrepartie qui englobe la redevance, objet du présent litige.

La Cour d'appel a confirmé la décision rendue en première instance que K détenait l'option qu'il disait posséder; mais, contrairement au juge de première instance, elle a conclu qu'en ce qui a trait au deuxième bail, il n'y a pas eu cession de l'option ni réserve de redevance au sujet de ce bail. Cette conclusion résulte de ce que la Cour a interprété les termes de la convention du 3 juin 1948 comme ne visant pas le second bail. La Cour d'appel a en outre décidé que, quelles qu'aient été les dispositions ou ententes verbales entre K et A pour le paiement d'une redevance relativement au second bail, ces dispositions ou ententes ne liaient pas l'appelante car le marché verbal reposait uniquement sur un contrat et ne conférait aucun intérêt dans le bien-fonds.

In this Court the appellant urged that the claim for royalty should be denied as to both leases and the respondent sought restoration of the judgment at trial.

Held (Hall and Laskin JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the respondent's action dismissed.

Per Martland, Judson and Spence JJ.: The evidence of the respondent as to the option was not properly admissible. After testifying that he had turned the document over to the solicitor for A in 1948, and that he had not kept any copy of it, the respondent proceeded to give evidence as to its contents, without first having given any evidence as to any attempt to locate it, or as to his having made any inquiry from the grantor of the option as to the existence of a copy of it. He was unable to give the date of the option or its duration.

In any event, the option was invalid in the absence of a written consent by the Minister of Mineral Resources, as required by s. 11 of the Alkali Mining Regulations. The option would create an equitable interest in the lease, similar to that in *Frobisher Ltd. v. Canadian Pipelines and Petroleum Ltd.*, [1960] S.C.R. 126, and the regulation prohibited the lessee from transferring any part of the rights described in the lease, without the required consent. No such consent was given.

The respondent had contended that the royalty clause in its agreement with A created an interest in him in the land covered by the first lease, and that the appellant, when it took an assignment of the lease from A, took it subject to that property interest. It was unnecessary to state a final opinion as to whether the use of the word "royalty" implied an intention by A to create an interest in land in the respondent because, if it was intended to create any interest in the lands comprised in the lease, A was prohibited from creating it, by virtue of s. 11 of the Regulations, unless the written consent of the Minister had first been obtained.

The only interest in land which the respondent could acquire from A, pursuant to the agreement, in relation to the first lease, would be a part of the interest in land acquired by A when it obtained the assignment of the lessee's interest under that lease. To the extent that the respondent acquired such an interest from A, A's interest in land would be correspondingly diminished. The respondent's interest could only arise as a result of a transfer by A to him of a part of the rights described in A's lease

En cette Cour, l'appelante soutient que la réclamation relative à la redevance doit être rejetée à l'égard des deux baux, et l'intimé demande le rétablissement du jugement de première instance.

Arrêt: L'appel doit être accueilli et la réclamation de l'intimé rejetée, les Juges Hall et Laskin étant dissidents.

Les Juges Martland, Judson et Spence: Le témoignage de l'intimé sur l'option n'était pas recevable. Après avoir témoigné qu'il avait remis le document à l'avocat de A en 1948, et qu'il n'en avait conservé aucune copie, l'intimé a ensuite témoigné quant à son contenu, sans d'abord démontrer qu'il avait tenté de trouver ledit document ou qu'il s'était enquis auprès du cédant de l'option quant à l'existence d'une copie. Il n'a pu donner la date de l'option, ni sa durée.

En tout cas, l'option était invalide, en l'absence du consentement par écrit du Ministre des ressources minières, tel que prescrit par l'art. 11 des Alkali Mining Regulations. L'option créait un intérêt en *equity* dans le bail, semblable à celui qui a été créé dans *Frobisher Ltd. c. Canadian Pipelines and Petroleum Ltd.*, [1960] R.C.S. 126, et le règlement interdit au locataire de transporter toute partie des droits décrits dans le bail sans le consentement prescrit. Ce consentement n'a pas été donné.

L'intimé a soutenu que la clause de sa convention avec A, fixant la redevance, a créé en sa faveur un intérêt dans le bien-fonds visé par le premier bail et que l'appelante, en recevant de A une cession de ce bail, l'a reçue sous réserve de cet intérêt dans le bien-fonds. Il n'est pas nécessaire de se prononcer définitivement sur la question de savoir si l'emploi du mot «redevance» signifiait que A avait l'intention de créer un intérêt dans le bien-fonds en faveur de l'intimé car, si l'on a voulu créer un intérêt quelconque dans le bien-fonds visé par le bail, A ne pouvait créer cet intérêt, étant donné l'art. 11 des Alkali Mining Regulations, sans avoir obtenu d'abord le consentement par écrit du Ministre.

Le seul intérêt dans un bien-fonds que l'intimé pouvait acquérir de A, en vertu de la convention, en ce qui a trait au premier bail, serait une part de l'intérêt dans le bien-fonds acquis par A lorsqu'elle a obtenu la cession de l'intérêt du locataire en vertu de ce bail. Dans la mesure où l'intimé acquerrait pareil intérêt de A, l'intérêt de A dans le bien-fonds était réduit d'autant. L'intérêt de l'intimé ne pouvait naître que par suite d'un transport en sa faveur, par A, d'une partie des droits décrits dans le bail

from the Crown. Such a transfer was expressly forbidden by s. 11 unless the consent of the Minister had first been obtained.

That being so, the royalty provision could only be legally effective by way of contract, as between the respondent and A, and such a right was enforceable only as against A and not as against the appellant.

Agreement was expressed with the reasons of the Court of Appeal in respect of the second lease.

Per Hall and Laskin J.J., dissenting: The respondent became entitled to an overriding royalty in respect of the lessee's interest in the first lease, whether that interest was a leasehold in the strict sense or a *profit à prendre* for a term; and the royalty, unaccrued, was an interest in land analogous to a rent-charge, and, in the circumstances, binding on the appellant as subsequent assignee of the lease.

As held by the Court below, the option granted by H to K fell outside the words of s. 11 of the Alkali Mining Regulations; it was only when the option was exercised and was consummated by a transfer or assignment that consent would be required. Consent in this respect was given when H assigned to A and, again, when A assigned to the appellant. Also, s. 11 did not apply to the gross overriding royalty stipulated in the agreement between A and K, and hence the issue of fact and the question whether the appellant could invoke s. 11 did not arise.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan¹, allowing in part an appeal from a judgment of Bence C.J.Q.B. Appeal allowed, Hall and Laskin JJ. dissenting.

G. L. Gerrand, Q.C., for the defendant, appellant.

D. G. McLeod, Q.C., and *E. F. A. Merchant*, for the plaintiff, respondent.

The judgment of Martland, Judson and Spence JJ. was delivered by

MARTLAND J.—The facts which give rise to the present appeal are stated in the reasons of my brother Laskin. As he has pointed out, it is common ground that the respondent cannot succeed unless the royalty which he claims by virtue of his agreement with Astral Mining & Resources

de A avec la Couronne. Un tel transport est expressément interdit par l'art. 11, sauf si le consentement du Ministre a été obtenu au préalable.

Cela étant, les dispositions relatives à la redevance ne peuvent avoir d'effet en droit que par voie de contrat, entre l'intimé et A, et un tel droit est opposable à A seulement et non à l'appelante.

Il y a lieu de s'accorder avec les motifs de la Cour d'appel en ce qui a trait au deuxième bail.

Les Juges Hall et Laskin, dissidents: L'intimé a obtenu un droit à une redevance dérogatoire à l'égard de l'intérêt du locataire en vertu du premier bail, que cet intérêt ait été une tenure à bail au sens strict ou un droit de *profit à prendre* pour un certain temps; la redevance non échue était un intérêt dans le bien-fonds, analogue à une servitude de rente, et, dans ces conditions, elle liait l'appelante en tant que cessionnaire subséquente du bail.

Comme l'a jugé la Cour d'appel, les termes de l'art. 11 des Alkali Mining Regulations ne visaient pas l'option; ce n'était que lorsque l'option était exercée et réalisée par un transport ou une cession que le consentement était requis. A cet égard, le consentement a été donné lorsque H a fait cession à A, puis, lorsque A a fait cession à l'appelante. De plus, l'art. 11 ne s'applique pas au droit indépendant à la redevance dérogatoire stipulé dans la convention intervenue entre A et K; par conséquent, la question de fait et celle de savoir si l'appelante peut invoquer l'art. 11 ne se posent pas.

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel de la Saskatchewan¹, accueillant en partie un appel du Juge en Chef Bence. Appel accueilli, les Juges Hall et Laskin étant dissidents.

G. L. Gerrand, c.r., pour la défenderesse, appelante.

D. G. McLeod, c.r., et *E. F. A. Merchant*, pour le demandeur, intimé.

Le jugement des Juges Martland, Judson et Spence a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Les faits qui ont donné lieu au présent appel sont exposés dans les motifs de mon collègue le Juge Laskin. Comme celui-ci l'a fait remarquer, il est admis de part et d'autre que l'intimé ne peut avoir gain de cause à moins que la redevance qu'il revendique

¹ (1968), 12 D.L.R. (3d) 637.

¹ (1968), 12 D.L.R. (3d) 637.

Limited (hereinafter called "Astral"), dated June 3, 1948, is an interest in land. In his reasons, the relevant parts of that agreement are set out in full. The agreement recites, among other things, that the respondent has arranged to transfer to Astral an option to take over a lease dated January 30, 1948, entered into between the Minister of Natural Resources of the Province of Saskatchewan and Eric Lafferty Harvie. This is lease No. A-4010, covering accumulations of alkali on or in the lands described in the lease, together with the power to mine and carry the same away.

The option, to which reference is made, was not produced at the trial. The respondent testified that he had turned the document over to the solicitor for Astral in 1948, and that he had not kept any copy of it. He proceeded to give evidence as to its contents, without first having given any evidence as to any attempt to locate it, or as to his having made any inquiry from the grantor of the option as to the existence of a copy of it. He was unable to give the date of the option or its duration. In these circumstances I do not think that the evidence of the respondent as to the option was properly admissible.

In any event, the option was invalid, in the absence of a written consent by the Minister of Mineral Resources. Section 11 of the Alkali Mining Regulations of Saskatchewan provides:

The lessee shall not assign, transfer or sublet the rights described in his lease or any part thereof, without the consent in writing of the Minister being first had and obtained.

In *Frobisher Ltd. v. Canadian Pipelines and Petroleums Ltd.*², this Court held that an option to acquire mining claims created an equitable interest in the claims and that it was rendered void because it was taken against the express prohibition contained in s. 9(1) of the regulations made under the Saskatchewan *Mineral Resources Act*, the relevant parts of which provided that:

... no person, mining partnership or company not a holder of a Prospector's, Developer's and Miner's

en vertu de sa convention avec Astral Mining & Resources Limited (ci-après appelée «Astral»), datée du 3 juin 1948, ne constitue un intérêt dans un bien-fonds (interest in land). Les passages pertinents de cette convention sont reproduits intégralement dans ses motifs. La convention énonce, entre autres choses, que l'intimé a pris les dispositions voulues pour transporter à Astral une option sur un bail, daté du 30 janvier 1948, intervenu entre le Ministre des Ressources naturelles de la province de Saskatchewan et Eric Lafferty Harvie. C'est le bail n° A-4010, qui vise des gisements d'alkali sur ou dans les terrains y décrits, de même que le droit d'extraire l'alkali et de le transporter ailleurs.

L'option dont il est question n'a pas été produite au procès. Dans son témoignage, l'intimé a déclaré avoir remis le document à l'avocat d'Astral en 1948, et n'en avoir conservé aucune copie. Il a ensuite témoigné quant à son contenu, sans d'abord démontrer qu'il avait tenté de trouver ledit document ou qu'il s'était enquis auprès du cédant de l'option quant à l'existence d'une copie. Il n'a pu donner la date de l'option, ni sa durée. Dans ces conditions, je ne pense pas que le témoignage de l'intimé sur l'option était recevable.

En tout cas, l'option était invalide, en l'absence du consentement par écrit du Ministre des Ressources minières. L'article 11 du règlement dit Alkali Mining Regulations de la Saskatchewan prescrit ce qui suit:

[TRADUCTION] Le locataire ne cédera, ne transportera, ni ne sous-louera les droits décrits dans son bail, ni aucune partie d'iceux, sans avoir au préalable obtenu le consentement par écrit du Ministre.

Dans *Frobisher Ltd. c. Canadian Pipelines and Petroleums Ltd.*², cette Cour a décidé qu'une option sur des claims miniers créait un intérêt en *equity* dans les claims et qu'elle était nulle, ayant été obtenue malgré l'interdiction expresse de l'art. 9(1) du règlement établi sous l'empire de la loi dite *Mineral Resources Act* de la Saskatchewan, dont les passages pertinents décrètent que:

[TRADUCTION] ... une personne, société ou compagnie minière qui n'est pas porteur d'un permis

² [1960] S.C.R. 126, 21 D.L.R. (2d) 497.

² [1960] R.C.S. 126, 21 D.L.R. (2d) 497.

licence shall acquire by transfer, assignment or otherwise howsoever any mineral claim or any right or interest therein . . .

The option in question here would create a like interest in the lease, and the regulation prohibits the lessee from transferring any part of the rights described in the lease, without the required consent. No such consent was given.

The reasons given by the Court of Appeal for holding s. 11 not to be applicable to the option, *i.e.*, that the consent would only be required when the option was exercised and the lease assigned, are similar to the submissions which were made, unsuccessfully, by the appellant in the *Frobisher* case.

There is no evidence that any assignment of the option was ever executed by the respondent in favour of Astral. Astral took an assignment of the Harvie lease directly from him, under an agreement which contained no reference to such option and on terms substantially different from those which the respondent said had been contained in the option.

The agreement between the respondent and Astral also related to a salt lease to the respondent from Hudson's Bay Company, and a Crown reservation granted to the respondent in respect of oil and gas covering some 460,000 acres.

Clause 3 of the agreement provided:

3. The consideration to be paid by Astral Mining & Resources Limited to Keyes for the sale and assignment of all of the above property, rights and concessions shall be,—

(a) the sum of Eighty-seven Thousand Five Hundred Dollars (\$87,500.00) to be paid and satisfied by the issue and allotment to

or his nominees in writing named

Keyes / of Three Hundred and Fifty Thousand (350,000) shares of the capital stock of Astral Mining & Resources Limited, fully paid and non-assessable; and

(b) a royalty of twenty-five cents (25¢) per ton on all anhydrous salt produced and sold from the said leasehold property; and

(c) a base production royalty of one per cent (1%) on all oil and gas won or derived by Astral

de prospection, d'exploitation et de mine ne peut acquérir par voie de transport, de cession, ni de quelque autre façon que ce soit, aucun claim minier ni aucun droit ou intérêt dans icelui . . .

L'option dont il est ici question créerait un intérêt semblable dans le bail, et le règlement interdit au locataire de transporter toute partie des droits décrits dans le bail sans le consentement prescrit. Ce consentement n'a pas été donné.

Les motifs sur lesquels s'est fondée la Cour d'appel pour conclure que l'art. 11 ne s'appliquait pas à l'option, c'est-à-dire que le consentement n'est requis que lorsqu'on lève l'option et cède le bail, se rapprochent de la thèse que l'appelante a exposée, sans succès, dans l'affaire *Frobisher*.

Rien ne prouve que l'intimé ait jamais signé un acte de cession de l'option en faveur d'Astral. Astral a obtenu directement de Harvie une cession du bail de celui-ci, en vertu d'un accord qui ne contenait aucune mention de cette option et dont les conditions différaient sensiblement de celles que, selon l'intimé, contenait l'option.

La convention intervenue entre l'intimé et Astral se rapportait également à un bail du droit d'extraction du sel, accordé à l'intimé par la Compagnie de la Baie d'Hudson, et à une réserve de la Couronne de quelque 460,000 acres sur laquelle l'intimé avait obtenu des droits à l'égard du pétrole et du gaz.

La clause 3 de la convention stipulait:

[TRADUCTION] 3. Le prix à payer par Astral Mining & Resources Limited à Keyes pour la vente et la cession de tous les biens, droits et concessions susdits sera:

a) la somme de quatre-vingt-sept mille cinq cents dollars (\$87,500.00) à être payés par l'émission et la

ou à ses représentants désignés par écrit, répartition à Keyes / de trois cent cinquante mille (350,000) actions du capital social d'Astral Mining & Resources Limited, entièrement libérées et non cotisables; et

b) une redevance de vingt-cinq cents (25¢) par tonne sur tout le sel anhydre extrait de ladite propriété louée, et vendu; et

c) une redevance de base de un pour cent (1%) sur toute la production de pétrole et de gaz ex-

Mining & Resources Limited from any of the said leasehold premises or lands.

The respondent contends that cl. 3(b) of the agreement created an interest in him in the land covered by lease No. A-4010, and that the appellant, when it took an assignment of the lease from Astral, took it subject to that property interest. The respondent claims that the clause created only a contractual right enforceable against Astral, but not as against the appellant.

If the clause had used the word "payment" instead of "royalty" I would doubt whether the respondent's position would be arguable. Does the use of the word "royalty" imply an intention by Astral to create an interest in land in the respondent?

I would doubt that it does. Astral's commitment under the clause is to make money payments in relation to salt which has been both produced and sold. It is similar to the provision contained in the agreement under consideration by this Court in *St. Lawrence Petroleum Ltd. v. Bailey Selburn Oil & Gas Ltd. and H. W. Bass & Sons, Inc.*³, under which the appellant in that case was entitled to receive a percentage of net proceeds of production from an oil well. "Net proceeds of production" were defined as proceeds of the sale of a share of production from a well after various deductions were made. The appellant's rights under this provision were considered to be "as a matter of contract" (p. 488). The case was chiefly concerned with the effect of a further provision giving to the appellant a defined interest in the petroleum and natural gas within, upon, or under certain lands. There is no such provision in the present case.

However, in my opinion, it is not necessary to state a final opinion upon this point because, if it was intended by cl. 3(b) to create any interest in the lands comprised in the lease, Astral was prohibited from creating it, by virtue of s. 11 of the Alkali Mining Regulations of Saskatchewan, previously cited, unless the written consent of the Minister of Mineral Resources had first been obtained.

The only interest in land which the respondent could acquire from Astral, pursuant to the agree-

traite ou tirée par Astral Mining & Resources Limited de chacun desdits lieux ou biens-fonds loués.

L'intimé soutient que la clause 3 b) de la convention a créé en sa faveur un intérêt dans le bien-fonds visé par le bail n° A-4010 et que l'appelante, en recevant d'Astral une cession de ce bail, l'a reçue sous réserve de cet intérêt dans le bien-fonds. L'intimé prétend que la clause n'a créé qu'un droit contractuel opposable à Astral mais non à l'appelante.

Si l'on s'était servi dans la clause du mot «paiement» plutôt que du mot «redevance», je doute que la position de l'intimé serait défendable. L'emploi du mot «redevance» signifie-t-il qu'Astral avait l'intention de créer un intérêt dans un bien-fonds en faveur de l'intimé?

J'en doute. L'engagement contracté par Astral aux termes de la clause est de faire des paiements d'argent relativement au sel produit et vendu. Il est semblable à la disposition que contenait l'accord que cette Cour a étudié dans *St. Lawrence Petroleum Ltd. c. Bailey Selburn Oil & Gas Ltd. and H. W. Bass & Sons, Inc.*³ et en vertu de laquelle l'appelante en cette affaire-là avait droit de percevoir un pourcentage du profit net tiré de la production d'un puits de pétrole. Le «profit net tiré de la production» y était défini comme le profit tiré de la vente d'une part de la production d'un puits de pétrole, après certaines déductions. Les droits de l'appelante en vertu de cette clause furent considérés comme étant «de nature contractuelle» (p. 488). L'affaire portait surtout sur les effets d'une autre clause conférant à l'appelante un intérêt spécifique quant au pétrole et au gaz naturel dans, sur ou sous certains terrains. Il n'existe aucune disposition semblable en l'espèce.

Toutefois, à mon avis, il n'est pas nécessaire de se prononcer définitivement sur ce point car, si l'on a voulu par la clause 3 b) créer un intérêt quelconque dans le bien-fonds visé par le bail, Astral ne pouvait créer cet intérêt, étant donné l'art. 11 des Alkali Mining Regulations de la Saskatchewan, précité, sans avoir obtenu d'abord le consentement par écrit du Ministre des Ressources minières.

Le seul intérêt dans un bien-fonds que l'intimé pouvait acquérir d'Astral, en vertu de la conven-

³ [1963] S.C.R. 482.

³ [1963] R.C.S. 482.

ment, in relation to lease No. A-4010, would be a part of the interest in land acquired by Astral when it obtained the assignment of the lessee's interest under that lease. To the extent that the respondent acquired such an interest from Astral, Astral's interest in land would be correspondingly diminished. The respondent's interest could only arise as a result of a transfer by Astral to him of a part of the rights described in Astral's lease from the Crown. Such a transfer is expressly forbidden by s. 11 unless the consent of the Minister has been first obtained. No such consent was obtained in this case.

That being so, the provision concerning royalty contained in cl. 3(b) could only be legally effective by way of contract, as between the respondent and Astral, and, as has already been pointed out, such a right is enforceable only as against Astral and not as against the appellant.

I agree with the reasons of the Court of Appeal in respect of lease No. A-163.

I would allow the appeal and dismiss the respondent's claim against the appellant. The appellant is entitled to costs in this Court, and in the Courts below.

The judgment of Hall and Laskin JJ. was delivered by

LASKIN J. (*dissenting*)—The appellant before this Court is a Crown corporation and as such an agent of the Crown under the *Crown Corporations Act*, R.S.S. 1965, c. 39. By an assignment of September 6, 1961, from Astral Mining & Resources Limited, an Ontario company, it acquired (in the words of the assignment) "[two] alkali leases [being Nos. A-4010 and A-163] issued pursuant to the Alkali Mining Regulations under the Mineral Resources Act of the Province of Saskatchewan". The assignment was endorsed with a certificate of consent given under s. 11 of the Alkali Mining Regulations which was as follows:

The lessee shall not assign, transfer or sublet the rights described in his lease or any part thereof, without the consent in writing of the Minister being first had and obtained.

tion, en ce qui a trait au bail n° A-4010, serait une part de l'intérêt dans le bien-fonds acquis par Astral lorsqu'elle a obtenu la cession de l'intérêt en vertu de ce bail. Dans la mesure où l'intimé acquerrait pareil intérêt d'Astral, l'intérêt d'Astral dans le bien-fonds était réduit d'autant. L'intérêt de l'intimé ne pouvait naître que par suite d'un transport en sa faveur, par Astral, d'une partie des droits décrits dans le bail d'Astral avec la Couronne. Un tel transport est expressément interdit par l'art. 11, sauf si le consentement du Ministre a été obtenu au préalable. Pareil consentement n'a pas été obtenu dans la présente affaire.

Cela étant, les dispositions relatives à la redevance, que contient la clause 3 b), ne peuvent avoir d'effet en droit que par voie de contrat, entre l'intimé et Astral, et, comme il a été précédemment signalé, un tel droit est opposable à Astral seulement et non à l'appelante.

Je souscris aux motifs de la Cour d'appel en ce qui a trait au bail n° A-163.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel et de rejeter la réclamation de l'intimé contre l'appelante. L'appelante a droit aux dépens en cette Cour et dans les Cours d'instance inférieure.

Le jugement des Juges Hall et Laskin a été rendu par

LE JUGE LASKIN (*dissent*)—L'appelante en cette Cour est une corporation de la Couronne et, en cette qualité, elle est mandataire de la Couronne en vertu de la *Crown Corporation Act*, R.S.S. 1965, c. 39. En vertu d'une cession datée du 6 septembre 1961, de Astral Mining & Resources Limited, une compagnie ontarienne, elle a acquis (selon les termes de la cession): [TRADUCTION «[deux] baux du droit d'extraction des alcalis [soit les n°s A-4010 et A-163] délivrés en conformité des Alkali Mining Regulations établis en vertu du *Mineral Resources Act* de la province de Saskatchewan». L'acte de cession est revêtu d'un certificat de consentement donné en vertu de l'art. 11 des Alkali Mining Regulations qui prescrivait ce qui suit:

[TRADUCTION] Le locataire ne cédera, ne transportera ni ne sous-louera les droits décrits dans son bail, ni aucune partie d'iceux, sans avoir au préalable obtenu le consentement par écrit du Ministre.

Astral acquired these leases from one E. L. Harvie (who held them on behalf of himself and two others) under an agreement in writing of June 30, 1948, which was followed by assignments of even date. The required approval was given when fresh assignments were executed by Harvie on August 3, 1955. Harvie had obtained the mining rights, reflected by the two leases, prior to 1930 when the title to the land was in the Crown in right of Canada. His rights were renewable, and were preserved when the surface title passed to the Crown in right of the Province. The immediate source of his rights, prior to the assignment to Astral, was under an indenture of January 30, 1948, in respect of lease A-4010 and under an earlier indenture of January 31, 1944, in respect of lease A-163.

The two indentures were for twenty-year periods, renewable for additional periods of twenty years "on such terms and conditions as may be prescribed by the Lieutenant-Governor in Council". Under each indenture an annual rent of twenty-five cents per acre was prescribed; and also, under the earlier indenture a prescribed royalty, and under the later indenture "such royalty . . . as may from time to time be prescribed by or pursuant to the Mineral Resources Act or the Regulations made thereunder". I shall return to these indentures and to the specification of the royalties later in these reasons.

The issues in this litigation arise from the claim of the respondent that he is entitled to a royalty of twenty-five cents per ton on all anhydrous salt produced and sold from the two leases. Anhydrous salt is the deposit covered by the leases. The claim was sustained *in toto* after trial before Bence C.J.Q.B., but on appeal it was held that the plaintiff was entitled to the royalty only in respect of lease A-4010. In this Court, the appellant urges that the claim for royalty should be denied as to both leases and the respondent seeks restoration of the judgment at trial.

Astral a acquis ces baux d'un certain E. L. Harvie (qui les détenait pour lui-même et pour deux autres personnes) en vertu d'une convention écrite datée du 30 juin 1948 et suivie de cessions portant la même date. L'approbation requise a été accordée lorsque Harvie a signé de nouvelles cessions le 3 août 1955. Harvie avait obtenu les droits de mine, dont il est question dans les deux baux, avant 1930, alors que la Couronne du chef du Canada était propriétaire du fonds. Ses droits étaient renouvelables et il les a conservés lorsque les droits de surface ont été transférés à la Couronne du chef de la province. La source directe de ses droits, avant leur cession à Astral, était un contrat synallagmatique daté du 30 janvier 1948, en ce qui a trait au bail n° A-4010, et un contrat synallagmatique antérieur, daté du 31 janvier 1944, en ce qui a trait au bail n° A-163.

Les deux contrats étaient d'une durée de vingt ans chacun et renouvelables pour des périodes supplémentaires de vingt ans [TRADUCTION] «aux termes et conditions que peut prescrire le lieutenant-gouverneur en conseil». Dans les deux contrats, un loyer annuel de vingt-cinq cents l'acre était exigible; de plus, dans le cas du plus ancien de ces contrats, une redevance déterminée était stipulée et, dans celui du plus récent, [TRADUCTION] «telle redevance . . . qui peut à l'occasion être prescrite en vertu ou en conformité du *Mineral Resources Act* ou de ses règlements d'application». Je reviendrai à ces contrats et à la spécification des redevances plus loin dans les présents motifs.

Les questions à trancher dans le présent litige découlent de la prétention de l'intimé qu'il a droit à une redevance de vingt-cinq cents par tonne sur tout le sel anhydre extrait et vendu en vertu des deux baux. Le sel anhydre est le gisement visé par les baux. L'action a été accueillie *in toto* à la suite d'un procès devant le Juge en chef Bence de la Cour du banc de la reine, mais en appel, il a été décidé que le demandeur avait droit à la redevance uniquement à l'égard du bail n° A-4010. En cette Cour, l'appelante soutient que la réclamation relative à la redevance doit être rejetée à l'égard des deux baux et l'intimé demande le rétablissement du jugement de première instance.

The basis of the plaintiff respondent's claim was alleged to be in certain transactions between him and Harvie and between him and Astral as a result of which Astral agreed to the royalty, as evidenced by a contract in writing with the respondent dated June 3, 1948; and the liability of the defendant Saskatchewan Minerals was asserted on the footing that it took an assignment of the two leases from Astral with actual notice of the plaintiff's claim. The appellant admits that it took with such notice, which was first given by Keyes orally in July 1961, to certain government officials and then in a letter of July 28, 1961, to the provincial Department of Mineral Resources; Keyes later reaffirmed his claim in other letters to the provincial government.

It is common ground that the respondent cannot succeed unless the royalty which he claims is an interest in land. The appellant Saskatchewan Minerals takes the position that if the respondent has any interest in one or both of the leases, it is as holder of a chose in action against Astral. Two other defences are raised even if it be concluded that the royalty agreement gave the respondent an interest in land. They are, first, that s. 11 of the Alkali Mining Regulations, already quoted, is a bar to the respondent's claim and that the appellant as an agent of the Crown in which the surface title is vested, is entitled to assert that bar against the respondent; and, second, that there was a surrender of the lease by operation of law when Astral assigned to the appellant, it being an agent of the Crown, which was the holder of the reversion, and hence the royalty interest in the leasehold was extinguished.

There are, accordingly, four questions to be determined in this appeal and I state them shortly as follows:

1. Does Keyes the respondent have a royalty claim as he alleged?
2. If so, or if his claim is sustainable only in respect of lease A-4010, is the royalty therein an interest in land?

On a soutenu que l'action du demandeur intimé se fondait sur certains marchés entre Harvie et lui et entre Astral et lui, à la suite desquels Astral a consenti à payer la redevance, comme en fait foi un contrat par écrit passé avec l'intimé le 3 juin 1948; et on a cherché à établir l'obligation de la défenderesse Saskatchewan Minerals en partant du fait qu'elle avait accepté une cession des deux baux d'Astral alors qu'elle avait connaissance de la réclamation du demandeur. L'appelante admet avoir accepté la cession avec cette connaissance, donnée par Keyes, d'abord dans une déclaration verbale à des hauts fonctionnaires du gouvernement en juillet 1961, puis dans une lettre datée du 28 juillet 1961 au ministère provincial des ressources minières; Keyes a par la suite réaffirmé sa réclamation dans d'autres lettres au gouvernement provincial.

Il est admis de part et d'autre que l'intimé ne peut avoir gain de cause que si la redevance qu'il réclame constitue un intérêt dans un bien-fonds. L'appelante Saskatchewan Minerals prétend que si l'intimé a un intérêt dans l'un des baux ou dans les deux, c'est à titre de détenteur d'un droit incorporel (chose in action) opposable à Astral. Deux autres moyens de défense sont soulevés, même s'il est conclu que la convention relative à la redevance confère à l'intimé un intérêt dans un bien-fonds. C'est, premièrement, que l'art. 11 des Alkali Mining Regulations, précité, fait obstacle à la réclamation de l'intimé et que, en qualité de mandataire de la Couronne à qui les droits de surface sont dévolus, l'appelante est recevable à soulever ce moyen contre l'intimé; et, secondement, qu'il y a eu, par l'effet de la loi, abandon du bail lorsque Astral a fait cession à l'appelante, cette dernière étant un mandataire de la Couronne, qui détenait le droit de retour, d'où l'extinction du droit de redevance dans la tenure à bail.

Il y a donc quatre questions à trancher en cette affaire et je les énonce succinctement en ces termes:

1. Keyes, l'intimé, a-t-il droit à une redevance comme il le prétend?
2. Si oui, ou si son droit est soutenable uniquement à l'égard du bail n° A-4010, la redevance relative à ce bail constitue-t-elle un intérêt dans un bien-fonds?

3. Is s. 11 of the Alkali Mining Regulations a bar to the relief sought by Keyes?
4. Is he barred on the theory of a surrender of the lease and the consequent vesting of all interests in the Crown?

Before considering these questions I wish to deal with a submission by appellant's counsel in reply when he asked leave to raise the *Statute of Frauds* as a further defence. Although pleaded in the statement of defence, it does not appear to have been considered in the judgment at trial, it was not argued (so we were told) on appeal, nor did the appellant mention it in its factum filed in this Court. In so far as the respondent's right to royalty rests on the terms of the agreement of June 3, 1948, between him and Astral, and is an interest in land thereunder, the *Statute of Frauds* is satisfied. The appellant as a subsequent purchaser with actual notice cannot be in any better position in this respect than Astral would be. The Saskatchewan Court of Appeal concluded that although there was a royalty right under the agreement of June 3, 1948, in respect of lease A-4010, that agreement did not cover lease A-163; and that in so far as there was any oral agreement between Keyes and Astral for a royalty in respect of lease A-163, it did not bind the appellant. Since I agree, for reasons set out below, that the trial judge ought not to have found in Keyes' favour in respect of lease A-163 I need say no more about the *Statute of Frauds*.

Keyes' case as pleaded and argued before the trial judge was that he had obtained an option from Harvie in the latter part of 1943 to purchase the rights under the two alkali leases; that he had tried, without success for some years, to interest various persons in developing the properties; and that early in 1948 he interested Astral in them, and in the result reached the agreement dated June 3, 1948. The negotiations related to other mining rights held by Keyes as well as to the alleged option. Although no option was produced, nor was there any evidence of an

3. L'article 11 des Alkali Mining Regulations fait-il obstacle à la demande de Keyes?
4. Sa demande est-elle irrecevable en vertu de la théorie de l'abandon du bail qui entraînerait acquisition, par la Couronne, de tous les intérêts?

Avant de considérer ces questions, je veux traiter de la prétention de l'avocat de l'appelante qui a demandé dans la réplique l'autorisation d'invoquer le *Statute of Frauds* comme moyen supplémentaire de défense. Bien qu'invoqué dans la défense, il ne paraît pas en avoir été question, dans le jugement de première instance; le point n'a pas été soulevé en Cour d'appel (nous dit-on) et l'appelante n'en a pas fait mention non plus dans le factum qu'elle a produit en cette Cour. Dans la mesure où le droit de l'intimé à une redevance repose sur les termes de la convention du 3 juin 1948 entre Astral et lui et pour autant qu'il constitue un intérêt dans un bien-fonds en vertu de cette convention, les exigences du *Statute of Frauds* sont satisfaites. L'appelante, en qualité d'acquéreur subséquent avec connaissance directe, ne saurait être en meilleure position à cet égard, que ne le serait Astral. La Cour d'appel de la Saskatchewan a conclu que, même si la convention du 3 juin 1948 créait un droit de redevance en ce qui concerne le bail n° A-4010, elle n'englobait pas le bail n° A-163 et que, pour autant qu'une entente verbale de redevance ait été conclue entre Keyes et Astral, relativement au bail n° A-163, cette entente ne liait pas l'appelante. Vu que, pour les motifs exposés ci-après, je conviens que le juge de première instance n'aurait pas dû décider en faveur de Keyes au sujet du bail n° A-163, je n'ai pas à en dire davantage sur le *Statute of Frauds*.

La thèse de Keyes, telle qu'elle a été présentée et plaidée devant le juge de première instance, c'est que, dans les derniers mois de 1943, il a obtenu de Harvie une option sur les droits visés par les deux baux du droit d'extraction des alcalis; il a vainement tenté, pendant quelques années, d'intéresser différentes personnes à mettre les propriétés en valeur; et au début de 1948, il a réussi à éveiller l'intérêt d'Astral, avec qui il a fini par conclure la convention du 3 juin 1948. Les négociations avaient trait à d'autres droits de mine de Keyes, outre l'option alléguée. Bien

acknowledgement of it by Harvie (who was not called as a witness), the trial judge found that Keyes had the option that he claimed and that it gave him rights in the land of which he disposed for consideration that included the royalty which is the subject of these proceedings. On these findings, it is of no consequence that Harvie and Astral dealt directly with each other without intermediate transfers to and from Keyes. Equally, on these findings, it is immaterial that the agreement of June 3, 1948, between Keyes and Astral preceded the formal agreement between Harvie and Astral; the right of Keyes to royalty would rest on his reservation thereof as optionee of the mining leases. Implicit in this conclusion is, of course, a holding that a mere optionee may reserve a royalty against a subsequent purchaser from him of the option rights, effective on the latter's acquisition of those rights.

The Saskatchewan Court of Appeal, albeit with some hesitation (which is understandable in the light of the record), affirmed the finding at trial that Keyes had the option alleged by him; but it concluded, contrary to the trial judge, that there had been no assignment thereof in respect of lease A-163 and no reservation of royalty in respect of that lease. This conclusion turned on its construction of the terms of the agreement of June 3, 1948, as not covering lease A-163. The Court of Appeal held further that, whatever oral arrangement or agreement there was between Keyes and Astral for the payment of a royalty in respect of lease A-163, it was not binding on the appellant because the oral transaction rested in contract only and gave no interest in land.

The agreement of June 3, 1948, between Keyes and Astral contains the following three recitals:

WHEREAS the said Keyes is entitled to a twenty-one year lease from the Hudson's Bay Company covering 160 acres at the north end of Lake Ingebright, Saskatchewan, known as the south-east

qu'aucune option n'ait été versée au dossier et qu'aucune reconnaissance de l'option en cause par Harvie (qui n'a pas été appelé à déposer) n'ait été fournie en preuve, le juge de première instance a conclu que Keyes détenait l'option qu'il soutient avoir, et que cela lui conférait des droits sur le bien-fonds qu'il a aliénés moyennant une contrepartie qui englobe la redevance, objet du présent litige. Vu ces conclusions, il importe peu que Harvie et Astral aient traité directement l'un avec l'autre, sans cessions intermédiaires à Keyes et par lui. De même, vu ces conclusions, il est sans importance que la convention du 3 juin 1948 entre Keyes et Astral ait précédé la convention en bonne et due forme entre Harvie et Astral; le droit de Keyes à une redevance se fonderait sur le fait qu'il s'est réservé cette redevance à titre de détenteur d'une option sur les baux miniers. Évidemment, il découle implicitement de cette conclusion que le simple détenteur d'une option peut se réserver, à l'égard de l'acquéreur éventuel de ses droits d'option, une redevance qui prendrait effet le jour où ce dernier acquiert ces droits.

La Cour d'appel de la Saskatchewan, bien qu'avec quelque hésitation (ce qui est compréhensible à la lumière du dossier), a confirmé la décision rendue en première instance que Keyes détenait bien l'option qu'il disait posséder; mais, contrairement au juge de première instance, elle a conclu qu'en ce qui a trait au bail n° A-163, il n'y a pas eu cession de l'option, ni réserve de redevance au sujet de ce bail. Cette conclusion résulte de ce que la Cour d'appel a interprété les termes de la convention du 3 juin 1948 comme ne visant pas le bail n° A-163. La Cour d'appel a en outre décidé que, quelles qu'aient été les dispositions ou ententes verbales entre Keyes et Astral pour le paiement d'une redevance relativement au bail n° A-163, ces dispositions ou ententes ne liaient pas l'appellante car le marché verbal reposait uniquement sur un contrat et ne conférait aucun intérêt dans le bien-fonds.

La convention du 3 juin 1948 entre Keyes et Astral renferme les trois attendus suivants:

[TRADUCTION] ATTENDU QUE ledit Keyes a droit à un bail d'une durée de vingt et un ans de la Compagnie de la Baie d'Hudson relativement à 160 acres à l'extrémité nord du lac Ingebright, en Saskatchewan,

quarter of Section 26, Township 16, Range 25, West of the Third Meridian, subject to an annual rental of \$660.00, and the payment of a base production royalty of 12½¢ per ton for salt removed from the concession.

AND WHEREAS the said Keyes has arranged to transfer to Astral an option to take over a lease dated the 30th day of January, 1948, entered into between the Minister of Natural Resources and Industrial Development for the Province of Saskatchewan and Eric Lafferty Harvie, of the City of Calgary, in the Province of Alberta, the said Harvie representing himself and Messrs. Leo H. Miller and C. J. Ford, the said lease being for a term of twenty years renewable for similar periods at a rental of 25¢ an acre per year with a royalty clause reading as follows:

“AND ALSO RENDERING AND PAYING therefor unto the Lessor such royalty at such times and in such manner as may from time to time be prescribed by or pursuant to The Mineral Resources Act or the Regulations made thereunder.”

AND WHEREAS the said Keyes also owns or has the right to acquire a lease or drilling permit under Oil and Gas Regulations of the Province of Saskatchewan covering reservations now known as Nos. 123 and 172, comprising roughly 460,000 acres in all.

Then come six substantive clauses of which four are germane to the issues in this appeal.

The four clauses in question are in these terms:

1. Keyes hereby agrees to assign and doth hereby assign all his right, title and interest in the Hudson's Bay Leasehold and the salt and other deposits therein to Astral Mining & Resources Limited, as Purchaser;
2. The said Keyes has, in accordance with his agreement, caused a permit to be issued by the Government of the Province of Saskatchewan to Astral Mining & Resources Limited [relating to 250,000 acres, less 50,000 acres to be sold by Astral to a trustee for Keyes] . . .
3. The consideration to be paid by Astral Mining & Resources Limited to Keyes for the sale and assignment of all of the above property, rights and concessions shall be,—

l'endroit étant connu sous le nom de quart sud-est de la section 26 dans le canton n° 16, rang 25, à l'ouest du 3° méridien, moyennant un loyer annuel de \$660 et le paiement d'une redevance de base de 12½¢ par tonne sur la production du sel extrait de la concession.

ET ATTENDU QUE ledit Keyes a convenu de transporter à Astral une option sur un bail daté du 30 janvier 1948 et conclu par le Ministre des Ressources naturelles et de l'expansion industrielle de la province de Saskatchewan, d'une part, et par Eric Lafferty Harvie, de la ville de Calgary, province de l'Alberta, d'autre part, ledit Harvie agissant pour lui-même et pour MM. Leo H. Miller et C. J. Ford, ledit bail étant d'une durée de vingt ans et sujet à reconduction pour des périodes semblables, à un loyer annuel de 25¢ l'acre, et renfermant une clause de redevance rédigée en ces termes:

[TRADUCTION] «ET AUSSI REMETTRE ET PAYER à cet égard au locateur telle redevance, aux époques et en la manière qui peuvent à l'occasion être prescrites en vertu ou en conformité du Mineral Resources Act ou de ses règlements d'application».

ET ATTENDU qu'en outre, ledit Keyes possède ou a le droit d'acquérir un bail ou permis de forage en vertu des Oil and Gas Regulations de la province de Saskatchewan visant les réserves maintenant connues sous les n°s 123 et 172 et comprenant une surface globale de 460,000 acres environ.

Suivent six clauses de fond, dont quatre ont un rapport avec les points en litige dans le présent appel.

Les quatre clauses en question sont énoncées en ces termes:

- [TRADUCTION] 1. Keyes s'engage par les présentes à céder et cède par les présentes tous ses droits, titre et intérêt dans la tenure à bail de la Compagnie de la Baie d'Hudson et dans le sel et autres gisements y contenus à Astral Mining & Resources Limited, l'acheteur;
2. Ledit Keyes a, conformément à son engagement, fait délivrer un permis à Astral Mining & Resources Limited par le gouvernement de la province de Saskatchewan [à l'égard de 250,000 acres, moins 50,000 acres à être vendues par Astral à un fiduciaire pour le compte de Keyes] . . .
 3. Le prix à payer par Astral Mining & Resources Limited à Keyes pour la vente et la cession de tous les biens, droits et concessions susdits sera:

(a) the sum of Eighty-seven Thousand Five Hundred Dollars (\$87,500.00) to be paid and satisfied by the issue and allotment to

or his nominees in writing named

Keyes / of Three Hundred and Fifty Thousand (350,000) shares of the capital stock of Astral Mining & Resources Limited, fully paid and non-assessable; and

(b) a royalty of twenty-five cents (25¢) per ton on all anhydrous salt produced and sold from the said leasehold property; and

(c) a base production royalty of one per cent (1%) on all oil and gas won or derived by Astral Mining & Resources Limited from any of the said leasehold premises or lands.

6. This agreement shall enure to the benefit of and be binding upon the parties hereto, their heirs, executors, administrators, successors and assigns.

Although the second recital refers to lease A-4010 there is no recital reference to lease A-163 nor is either lease expressly mentioned in the substantive clauses of the agreement. However, the consideration clause 3 does speak of "all of the above property, rights and concessions", and para. (b), which prescribes the royalty, does so in respect of "the said leasehold property". Both Courts below have held that this must be regarded as a reference to more than the Hudson's Bay Company lease; that upon a construction of the agreement as a whole, and having regard to surrounding circumstances, it included lease A-4010 as well. I support this conclusion.

I also support the view of the Court of Appeal that there is no enforceable royalty claim against the appellant in respect of lease A-163. The trial judge found for Keyes on this issue by relying on a prospectus issued by Astral under date of March 25, 1952. That prospectus referred to the two alkali leases acquired by Astral; and, in respect of each, the prospectus stated that "a further royalty of 25 cents per ton is payable to Thomas E. Keyes on all anhydrous salt produced and sold from the said land". Hence

a) la somme de quatre-vingt-sept mille cinq cents dollars (\$87,500.00) à être payés par l'émission et

ou à ses représentants désignés par écrit, la répartition à Keyes / de trois cent cinquante mille (350,000) actions du capital social d'Astral Mining & Resources Limited, entièrement libérées et non cotisables; et

b) une redevance de vingt-cinq cents (25¢) par tonne sur tout le sel anhydre extrait de ladite propriété louée, et vendu; et

c) une redevance de base de un pour cent (1%) sur toute la production de pétrole et de gaz extraite ou tirée par Astral Mining & Resources Limited de chacun desdits lieux ou biens-fonds loués.

6. La présente convention sera exécutée à l'avantage des parties contractantes et liera celles-ci, ainsi que leurs héritiers, exécuteurs, administrateurs, successeurs et ayants cause.

Bien que le deuxième attendu se rapporte au bail n° A-4010, aucun attendu n'a trait au bail n° A-163, et ni l'un ni l'autre bail n'est expressément mentionné dans les clauses de fond de la convention. Cependant, à la clause 3 qui traite de la contrepartie, il est question de «tous les biens, droits et concessions susdits», et le par. b), qui prescrit la redevance, le fait à l'égard de «ladite propriété louée». Les deux Cours d'instance inférieure ont décidé qu'il faut considérer ces mots comme désignant plus que le bail de la Compagnie de la Baie d'Hudson et qu'en interprétant la convention dans son ensemble, et eu égard aux circonstances, ces mots visent également le bail n° A-4010. J'appuie cette conclusion.

Je partage aussi l'avis de la Cour d'appel qu'aucun droit de redevance n'est opposable à l'appelante à l'égard du bail n° A-163. Le juge de première instance a conclu en faveur de Keyes sur ce point, en se fondant sur un prospectus distribué par Astral le 25 mars 1952. Dans ce prospectus, il est fait mention des deux baux du droit d'extraction des alcalis acquis par Astral; et, dans chaque cas, le prospectus déclare que [TRADUCTION] «une redevance supplémentaire de 25 cents la tonne est payable à Thomas E. Keyes

C.J.Q.B. treated the prospectus as confirmatory of a prior agreement, prior to that of June 3, 1948, for a royalty, and as being a sufficient memorandum in writing to satisfy the *Statute of Frauds*.

This does not, however, establish the royalty as an interest in land enforceable against the appellant, assuming for this purpose that a royalty may be created so as to amount to an interest in land. The prospectus is not an instrument under which there was either a reservation of royalty by Keyes or a grant of a royalty to him by Astral. It was a mere assertion of the existence of a royalty which of itself would have no force against the appellant unless otherwise proved to have been created as an interest in land.

I turn now to the question whether the royalty in respect of lease A-4010 gave Keyes an interest in land. The relevant language of the agreement of June 3, 1948, is as follows, as found in cl. 3 (b):

The consideration to be paid by Astral... shall be... a royalty of twenty-five cents (25¢) per ton on all anhydrous salt produced and sold from the said [lease A-4010]...

This royalty as a burden on Astral's interest was to come out of Astral's right to "the naturally occurring accumulations of alkali, as defined in the Alkali Mining Regulations under the *Mineral Resources Act*, on or in [described land] together with the full and exclusive liberty, power and authority... to search for, dig, work, mine, procure and carry away the said accumulations of alkali wherever the same may be found within the limits of the said land". These quoted words are from the grant to Harvie of January 30, 1948, of the interest which Harvie assigned to Astral.

An examination of that grant discloses a difference in the formulation of the interest thereby

sur tout le sel anhydre extrait dudit bien-fonds et vendu». Le Juge en chef Bence de la Cour du banc de la reine a traité le prospectus comme une ratification d'une convention antérieure de redevance (antérieure à celle du 3 juin 1948), et comme un écrit suffisant pour satisfaire aux exigences du *Statute of Frauds*.

Cela ne fait toutefois pas de la redevance un intérêt dans un bien-fonds opposable à l'appellante, à présumer sur ce point qu'il soit possible de créer une redevance assimilable à un intérêt dans un bien-fonds. Le prospectus n'est pas un instrument dans lequel Keyes s'est réservé une redevance, ou encore dans lequel Astral lui en a accordé une. On n'y fait qu'affirmer l'existence d'une redevance qui, en soi, ne pourrait valoir contre l'appellante, à moins qu'il ne soit par ailleurs prouvé qu'elle a été créée à titre d'intérêt dans un bien-fonds.

Je passe maintenant à la question de savoir si la redevance à l'égard du bail n° A-4010 a conféré à Keyes un intérêt dans un bien-fonds. Les termes de la convention du 3 juin 1948 à cet égard, qu'on trouve dans la clause 3 b), sont les suivants:

[TRANSLATION] Le prix à payer par Astral... sera... une redevance de vingt-cinq cents (25¢) par tonne sur tout le sel anhydre extrait de ladite propriété louée [bail n° A-4010] et vendu...

Cette redevance grevant l'intérêt d'Astral devait trouver sa source dans le droit d'Astral «aux accumulations naturelles d'alcalis, selon la définition qu'en donnent les Alkali Mining Regulations, établis en vertu du *Mineral Resources Act* sur ou dans [le bien-fonds décrit], avec la faculté, le pouvoir et l'autorité entiers et exclusifs... d'explorer, creuser, mettre en valeur, exploiter, extraire et enlever lesdites accumulations d'alcalis, où qu'elles se trouvent dans les limites dudit bien-fonds». Le passage cité est extrait de l'acte de concession à Harvie, daté du 30 janvier 1948, portant sur l'intérêt que Harvie a cédé à Astral.

Un examen de cette concession révèle une disparité entre la formulation de l'intérêt y trans-

conveyed as compared with that conveyed by the earlier grant of January 31, 1944, covering lease A-163. Under this earlier grant the Crown as lessor granted and demised to Harvie as lessee "the sole and exclusive licence and authority to win and work all the deposits and accumulations of alkali . . . together with the sole and exclusive licence and authority . . . to search for, dig, work, mine, procure and carry away the said alkali" for the renewable twenty-year term mentioned earlier in these reasons. In addition to an annual acreage rental of twenty-five cents per acre, this indenture provided for a royalty in the following words:

AND ALSO RENDERING AND PAYING therefor unto the lessor a royalty of twelve and one-half cents per ton of two thousand pounds on shipping weight as determined from transportation returns at the first point of shipment on all products, raw or refined, taken from the demised lands, provided that when the said products are shipped in solution the royalty shall be two cents for each gallon shipped; which royalty shall be due and payable on the 31st day of March, the 30th day of June, the 30th day of September and the 31st day of December in each year;

What was granted in respect of lease A-163 was a *profit à prendre* for a term of years only. There is no provision for continuation of the interest so long as production continues, but, of course, the transaction did not involve fugacious substances. I note also that the royalty was fixed not in respect of the mineral in place but as a sum which depended on its prior extraction from the soil and determinable on the basis of its chattel character.

The grant in respect of lease A-4010 is by the Crown as lessor to Harvie as lessee, demising and leasing for a twenty-year renewable term "the naturally occurring accumulations of alkali . . . together with full and exclusive liberty, power and authority for the lessee . . . to search for, dig,

porté et celle de l'intérêt transporté par la concession antérieure du 31 janvier 1944, qui visait le bail n° A-163. En vertu de cette dernière concession, la Couronne, la locatrice, octroyait et cédait à bail à Harvie, le locataire, [TRADUCTION] «la permission et l'autorisation exclusives d'extraire et de mettre en valeur tous les gisements et accumulations d'alcalis . . . ainsi que la permission et l'autorisation exclusives . . . d'explorer, creuser, mettre en valeur, exploiter, extraire et enlever ledit alcali», pour la période renouvelable de vingt ans déjà mentionnée dans les présents motifs. Outre un loyer annuel de vingt-cinq cents l'acre, ce contrat prévoit une redevance dans les termes suivants:

[TRADUCTION] ET AUSSI REMETTRE ET PAYER à cet égard au locateur une redevance de douze cents et demi par tonne de deux mille livres à l'embarquement, tel que déterminé par les relevés de transport au point initial d'expédition, sur tous les produits, bruts ou raffinés, provenant des biens-fonds loués, sous réserve que, lorsque lesdits produits sont expédiés à l'état de solution, la redevance sera de deux cents par gallon expédié; cette redevance sera due et payable le 31 mars, le 30 juin, le 30 septembre et le 31 décembre de chaque année;

Ce qui était concédé à l'égard du bail n° A-163, c'était un droit de *profit à prendre*, pour un certain nombre d'années seulement. Aucune disposition ne prévoit la prorogation de l'intérêt aussi longtemps que dure la production, mais, évidemment, le marché ne portait pas sur des substances fugaces. Je relève également que la redevance n'a pas été fixée par rapport au minéral en place, mais comme un montant qui dépendait de l'extraction préalable du minéral et qui était déterminable en fonction du caractère mobilier de celui-ci.

La concession se rapportant au bail n° A-4010 est faite en faveur de Harvie, le locataire, par la Couronne, la locatrice, qui cède et loue pour une période de vingt ans, renouvelable, «les accumulations naturelles d'alcalis . . . avec la faculté, le pouvoir et l'autorisation entiers et exclusifs pour

work, mine, procure and carry away the said accumulations of alkali wherever the same may be found within the limits of the [defined] land". The grant does not here, as it did not in respect of lease A-163, stipulate for any extension of the term according to continuing production. As previously stated, there is an annual rental of twenty-five cents per acre, and the royalty is flexibly described as such as may from time to time be prescribed by or pursuant to the *Mineral Resources Act* or the regulations thereunder. This grant appears to be more than one of a *profit à prendre* for a term of years; it is couched in language of a leasehold of the mineral in place, with a right of extraction. In *Berkheiser v. Berkheiser and Glaister*⁴, a so-called lease of all petroleum and natural gas within, upon or under certain land for a ten-year term, "and so long thereafter as the leased substances or any of them are produced", was held to be, in the light of all the provisions thereof, a *profit à prendre* only. This Court reversed the Court below which had held that, having regard to the form of the lease, a sale of a portion of the land had been effected, with liberty to enter, search for and carry away the substances mentioned. There is, of course, a difference between the fugacious subject-matter in the *Berkheiser* case and the solid mineral involved in respect of lease A-4010, but the present case does not compel a decision on whether the interest of the appellant is a leasehold or a *profit à prendre* for a term. Being in either case an interest in land, I see no reason to differentiate on this ground the characterization of a royalty whether mounted by the holder of the interest upon assigning it to another or imposed by such holder upon his interest in favour of a third person.

le locataire... d'explorer, creuser, mettre en valeur, exploiter, extraire et enlever lesdites accumulations d'alcalis, où qu'elles se trouvent dans les limites du bien-fonds [décrit]». Pas plus dans ce cas-ci que dans celui du bail n° A-163, la concession ne stipule que le bail pourra se prolonger tant que durera la production. Elle prévoit, comme je l'ai déjà dit, un loyer annuel de vingt-cinq cents l'acre et la redevance y est décrite avec une certaine souplesse comme étant telle redevance qui peut à l'occasion être prescrite en vertu ou en conformité du *Mineral Resources Act* ou de ses règlements d'application. Cette concession paraît être plus qu'une concession d'un droit de *profit à prendre* pour un certain nombre d'années; elle est rédigée comme s'il s'agit d'une tenure à bail quant au minéral en place, à laquelle s'attache un droit d'extraction. Dans *Berkheiser c. Berkheiser et Glaister*⁴, il a été décidé qu'un prétendu bail quant au pétrole et au gaz naturel, dans, sur et sous un certain bien-fonds pour une période de dix ans, [TRADUCTION] «et aussi longtemps par la suite que les substances louées, ou l'une d'elles, seront extraites» constituait uniquement un droit de *profit à prendre*, compte tenu de toutes les dispositions du bail. Cette Cour a infirmé le jugement de la Cour d'instance inférieure qui avait conclu que, vu la forme du bail, il y avait eu vente d'une partie du bien-fonds, avec faculté d'accès, d'exploration et d'enlèvement des substances mentionnées. Il existe évidemment une différence entre la substance fugace dont il est question dans l'affaire *Berkheiser* et le minéral solide en cause dans le bail n° A-4010, mais nous ne sommes pas tenus de décider en l'espèce si l'intérêt de l'appelante est une tenure à bail ou un droit de *profit à prendre* pour un certain temps. Puisqu'il s'agit dans les deux cas d'un intérêt dans un bien-fonds, il n'y a pas lieu de faire sur ce point de distinction quant à la nature d'une redevance, qu'elle soit réservée par le détenteur de l'intérêt lorsqu'il cède celui-ci à un autre, ou imposée par ce détenteur à l'égard de son intérêt, en faveur d'un tiers.

⁴ [1957] S.C.R. 387.

⁴ [1957] R.C.S. 387.

There is no decision of this Court which either pronounces upon or examines royalties under so-called mining leases on the question whether they are or in what circumstances, if any, they can be interests in land. I speak here of royalties not in the sense of a vested interest in mineral deposits, or in oil or gas, as the case may be, *in situ* (which is a sense that has been sometimes attributed to them, particularly in a line of American cases, and see *Gowan v. Christie*⁵), but rather in the sense of a share in or a return on production for permission to exploit certain property or in respect of such exploitation: see *Re Dawson and Bell*⁶, at pp. 838, 842. This is the sense in which it is spelled out in the agreement of June 3, 1948, between Keyes and Astral.

The present case is not one where the royalty has been reserved by and to a reversionary owner who has granted a mining lease and where it is sought to enforce the royalty against an assignee of the lessee. Rather, it is one where a mining lessee (either as a lessee in the strict sense or as the holder of a *profit à prendre*), who is himself subject to a royalty in favour of the lessor or his assignee, has in turn created a further royalty in his own favour upon assigning his leasehold or his profit to a third person. Alternatively, it is a case where the assignee of a lessee has granted a royalty to another, thus becoming subject to two royalty obligations. That such a second or overriding royalty can be created is not open to doubt. The question remains whether it is invariably a contractual benefit or may be, and in the present case is, an interest in land.

I do not think that anything turns on the fact that Keyes was, at best, an optionee of a mining lease. The issue would be exactly the same if, for consideration, as, for example, for management services, Astral had granted an overriding royalty to Keyes in respect of a mining lease acquired by

Aucun arrêt de cette Cour ne tranche ni n'étudie la question de savoir si les redevances découlant de baux dits miniers sont des intérêts dans un bien-fonds ou dans quelles circonstances, s'il en est, elles peuvent l'être. Je parle ici de redevances, non pas en tant que droits acquis dans les dépôts de minerai, ou dans le pétrole ou le gaz, selon le cas, *in situ* (sens qu'on leur a parfois attribué, en particulier dans une série de décisions américaines—voir aussi *Gowan v. Christie*⁵), mais plutôt en tant que part ou bénéfice dans la production en échange de la permission d'exploiter une certaine propriété, ou à l'égard d'une telle exploitation: voir *Re Dawson and Bell*⁶, aux pp. 838, 842. C'est le sens qui ressort de la convention du 3 juin 1948 entre Keyes et Astral.

En l'instance, il ne s'agit pas d'une redevance réservée par et pour un propriétaire ayant un droit de retour qui a concédé un bail minier et qui cherche à faire valoir son droit de redevance contre un concessionnaire du locataire. Il s'agit plutôt d'une affaire où le locataire d'un droit de mine (soit à titre de locataire au sens strict ou de titulaire d'un droit de *profit à prendre*), lui-même assujetti à une redevance en faveur du locateur ou de son cessionnaire, a à son tour créé une autre redevance en sa propre faveur lorsqu'il a fait cession à un tiers de sa tenure à bail ou de son droit de *profit à prendre*. Subsidiairement, c'est une affaire où le cessionnaire d'un locataire a accordé une redevance à une autre personne, devenant ainsi assujetti à deux redevances. Il ne fait aucun doute que cette seconde redevance ou redevance dérogatoire peut être créée. Reste à savoir si elle est invariablement un avantage contractuel ou si elle peut être, et est dans l'espèce, un intérêt dans un bien-fonds.

Rien, à mon avis, ne dépend du fait que Keyes était, au mieux, le détenteur d'une option sur un bail minier. La question serait exactement la même si pour une contrepartie, telle que des services de gestion, Astral avait accordé à Keyes une redevance dérogatoire à l'égard d'un bail

⁵ (1873), L.R. 2 Sc. & Div. 273.
⁶ [1945] O.R. 825.

⁵ (1873), L.R. 2 Sc. & Div. 273.
⁶ [1945] O.R. 825.

Astral from someone else. This was the situation which existed in *Emerald Resources Ltd. v. Sterling Oil Properties Management Ltd.*⁷, affirmed by this Court on December 17, 1970, without passing on the question in issue here. The Alberta Appellate Division in the foregoing case doubted, without expressly deciding the point, that an overriding royalty granted by a mining lessee to a management firm was an interest in land within the meaning of the *Statute of Frauds*. The royalty clause in the agreement with which that Court was concerned provided for a certain royalty of the lessee's share of specified substances "produced, saved and sold from each property acquired by [the lessee] after the date hereof and during the term of this agreement". At the time of the execution of the agreement, any interest in land created by this provision would, of course, be equitable only.

It is convenient to say at this point that in the present case the fact that the royalty to Keyes was prescribed in an agreement which preceded Astral's acquisition of lease A-4010 would not alone affect his right to enforce it against the appellant. Astral's subsequent acquisition of the leasehold or of the *profit à prendre* fed the grant to Keyes so as to preclude Astral from denying legal effect in that respect to the agreement of June 3, 1948.

Just as a *profit à prendre* may be incident to another interest or may exist in gross, so may a royalty. As an interest in gross, which is the case here, it is freely assignable, unless assignment is validly restricted. This feature of a royalty is as consistent with it being a contractual benefit as it is with it being an interest in land. At common law, whether a royalty could be classified as rent, and hence enjoy in its unaccrued state the character of an interest in land, depended on whether

minier qu'elle aurait obtenu de quelqu'un d'autre. C'était la situation dans *Emerald Resources Ltd. c. Sterling Oil Properties Management Ltd.*⁷, décision que cette Cour a confirmée le 17 décembre 1970 sans statuer sur la question en litige ici. Dans la cause précitée, la Chambre d'appel de la Cour suprême d'Alberta doutait, sans toutefois se prononcer expressément sur ce point, qu'une redevance dérogatoire accordée par le détenteur d'un bail minier à une société de gestion soit un intérêt dans un bien-fonds au sens du *Statute of Frauds*. La clause de redevance dans la convention que devait examiner cette Cour-là prévoyait une certaine redevance sur la part du locataire de substances spécifiques [TRADUCTION] «produites, récupérées et vendues à l'égard de chaque propriété acquise par [le locataire] après la date des présentes et pour la durée de la présente convention». Au moment de la signature de la convention, tout intérêt dans le bien-fonds né de cette disposition serait évidemment un intérêt en «equity» seulement.

Il est utile de dire ici qu'en l'espèce, le fait que la redevance accordée à Keyes était prévue dans une convention qui a précédé l'acquisition par Astral du bail n° A-4010 ne saurait, à lui seul, modifier son droit de réclamer cette redevance à l'appelante. L'acquisition subséquente par Astral de la tenure à bail ou du droit de *profit à prendre* a donné effet à la concession à Keyes, de façon à empêcher Astral de nier les conséquences juridiques, à cet égard, de la convention du 3 juin 1948.

Tout comme un droit de *profit à prendre*, une redevance peut dépendre d'un autre intérêt ou exister par elle-même. Comme intérêt indépendant, ce qui est le cas ici, elle peut être cédée en toute liberté, à moins que sa cession ne soit valablement restreinte. Cette particularité s'applique tant à une redevance reconnue comme un avantage contractuel qu'à une redevance constituant un intérêt dans un bien-fonds. En *common law*, pour qu'une redevance puisse être classée

⁷ (1969), 3 D.L.R. (3d) 630.

⁷ (1969), 3 D.L.R. (3d) 630.

it issued out of a "corporeal" interest, as, for example, out of an estate in fee of minerals in place, or whether it was incident to a reversion upon a true lease which also gave a right to extract minerals. In the former case it would be in effect a rent-charge; in the latter, a rent service. Rent could not at common law issue out of an "incorporeal" interest, as for example, a *profit à prendre* in gross; and whatever it might be called, it would not be an interest in land.

The language of "corporeal" and "incorporeal" does not point up the distinction between the legal interest and its subject-matter. On this distinction, all legal interests are "incorporeal", and it is only the unfronted force of a long history that makes it necessary in this case to examine certain institutions of property in the common law provinces through an antiquated system of classification and an antiquated terminology. The association of rents and royalties has run through the cases (as in *Re Dawson and Bell*, *supra*, the *Berkheiser* case, *supra*, and cf. *Attorney-General of Ontario v. Mercer*⁸, at p. 777) but without the necessity hitherto in this Court to test them against the common law classifications of interests in land or to determine whether those classifications are broad enough to embrace a royalty in gross.

In the *Berkheiser* case, Rand J. carried the parallel of royalty with rent to the extent of referring to them as "obviously profits". The case involved a contest between a devisee of land and the residuary beneficiaries where the testatrix, following the devise, had entered into the oil and gas lease mentioned above. The transaction also provided for an acreage rental and for royalties. In construing the transaction as the grant of a *profit à prendre* rather than an out-and-out transfer of the substances *in situ* and rather than the grant of a

comme une rente et par conséquent, lorsque non échue, revêtir le caractère d'un intérêt dans un bien-fonds, elle devait provenir d'un intérêt «corporel», par exemple d'un droit de propriété absolue sur des minéraux en place, ou dépendre d'un droit de retour sur un bail réel conférant également le droit d'extraire les minéraux. Dans le premier cas, il s'agit en réalité d'une servitude de rente; dans le second d'un loyer. En *common law*, une rente ne pouvait découler d'un intérêt «incorporel», par exemple d'un droit de *profit à prendre* existant indépendamment; et quelque nom qu'on puisse lui donner, ce ne serait pas un intérêt dans un bien-fonds.

Les expressions «corporel» et «incorporel» ne font pas ressortir la distinction entre l'intérêt en droit et l'objet auquel il se rattache. D'après cette distinction tous les intérêts en droit sont «incorporels», et c'est l'autorité jamais attaquée d'une longue évolution historique qui nous oblige ici à étudier certaines institutions de la propriété dans les provinces régies par la *common law* au moyen d'un système de classification suranné et d'une terminologie surannée. Les rentes et les redevances ont été associées dans la jurisprudence (par exemple, dans les causes *Re Dawson and Bell* et *Berkheiser*, précitées; voir aussi *Attorney General of Ontario v. Mercer*⁸, p. 777, mais jusqu'à maintenant, cette Cour n'a jamais eu à les analyser en regard de la classification des intérêts dans un bien-fonds en *common law*, ni à déterminer si cette classification est assez générale pour englober une redevance existant par elle-même.

Dans l'arrêt *Berkheiser*, le Juge Rand a poussé le parallèle entre la redevance et la rente jusqu'à dire qu'elles étaient «manifestement des droits de profit.» Dans cette cause, il s'agissait d'un litige entre le légataire d'un bien-fonds et les légataires universels, la testatrice ayant signé le bail du droit d'extraction du pétrole et du gaz précité postérieurement au legs. Le marché prévoyait également un loyer à l'acre et des redevances. Considérant le marché comme une concession d'un droit de *profit à prendre* plutôt qu'un transport

⁸ (1883), 8 App. Cas. 767.

⁸ (1883), 8 App. Cas. 767.

profit in fee, the Court held that the *profit* was for an uncertain but terminable term under the provisions of the lease. This meant, quite clearly, that title to the substances *in situ* remained in the devisee and that he was also entitled to the rents and royalties. In short, there was no ademption of the devise.

The rents and royalties referred to by Rand J. as *profits* would be interests in land in the particular case under common law doctrine as incident to the devisee's possibility of reverter in respect of the *profit à prendre*, that interest itself being considered as in the nature of a defeasible fee. That the unaccrued royalty in such case is regarded as an interest in land, and remains so although transferred separately from the fee simple in the surface and the "reversionary" interest in the minerals or in the oil and gas, appears to be the prevailing view in the United States: see 3A Summers, *Oil and Gas* (1958), p. 9. I agree with this characterization because I do not think that there should be any distinction between the foregoing situation and that which would exist if the devisee had an interest in reversion in the strict sense.

It is said in 23 Hals., 3rd ed., at p. 537, that "a royalty, notwithstanding that it is reserved in respect of substances which are taken from the land so as to cause its permanent diminution, is a true rent". The leading case cited for this proposition is *Regina v. Westbrook*⁹, which was a rating case that proceeded on the view that there a true landlord and tenant relationship existed, with the tenant being entitled under his lease to take clay for the purpose of making bricks. This was more clearly so in *Barrs v. Lea*¹⁰, also cited for the foregoing proposition; and hence the further statement in 26 Hals., 3rd ed., at p. 430,

sans restriction des substances *in situ* et plutôt que la concession d'un droit de *profit* en propriété absolue, la Cour a décidé que le droit de *profit* était d'une durée incertaine mais pouvait se terminer en vertu des dispositions du bail. Cela signifiait clairement que le légataire du bien-fonds conservait la propriété des substances *in situ* et qu'il avait également droit aux rentes et aux redevances. Bref, il n'y avait eu aucune révocation implicite du legs.

Les rentes et redevances qualifiées par le Juge Rand de *profits* seraient dans ce cas-là des intérêts dans un bien-fonds en vertu de la doctrine de la *common law*, car elles seraient accessoires du droit de retour du légataire du bien-fonds à l'égard du *profit à prendre*, cet intérêt étant lui-même considéré comme un droit annulable. L'opinion qui paraît prévaloir aux États-Unis (voir 3A Summers, *Oil and Gas* (1958), p. 9) est qu'en pareil cas, la redevance non échue est considérée comme un intérêt dans un bien-fonds et le demeure même si elle est transportée indépendamment du droit absolu de propriété sur la surface et du droit de «retour» quant aux minéraux ou au pétrole et au gaz. J'accepte cette qualification car je ne pense pas qu'il devrait être fait de distinction entre la situation ci-dessus et celle qui existerait si le légataire avait un droit de retour au sens strict.

Dans 23 Hals., 3^e éd., p. 537, il est dit que [TRADUCTION] «une redevance, même si elle est réservée à l'égard de substances qui sont tirées du fonds de façon à causer la diminution permanente de celui-ci, est en réalité une rente». La cause qui fait autorité et qui a été citée à l'appui de cette proposition est celle de *Regina v. Westbrook*⁹, affaire de taxe où l'on est parti de l'avis que, dans ce cas particulier, il existait une relation réelle de propriétaire à locataire ce dernier ayant le droit en vertu de son bail de prendre de l'argile pour fabriquer des briques. Ce point était encore plus évident dans la cause *Barrs v. Lea*¹⁰, également

⁹ (1847), 10 Q.B. 178, 116 E.R. 69.

¹⁰ (1864), 33 L.J. Ch. 437.

⁹ (1847), 10 Q.B. 178, 116 E.R. 69.

¹⁰ (1864), 33 L.J. Ch. 437.

that "rents and royalties are true rents in the sense that they are incident to the reversion". These statements of the English position do not assist in the present case which, on its facts, does not fall within the *Berkheiser* frame of reference, let alone within that exhibited in the foregoing two English cases. Neither is it a case where a royalty originally exacted in respect of a leasehold to which a *profit à prendre* was incident, or in respect of a defeasible *profit à prendre* alone, has been assigned without assignment of the remaining interest of the grantor of the lease or of the *profit*.

In principle, a mining lessee whose holding is an interest in land in respect of which he has a royalty obligation should be able to grant or submit to an overriding royalty in respect of that interest to take effect as itself an interest in the lessee's holding. This is well recognized in the American judicial experience with mining leases, which has been more extensive than the Canadian. Thus, it is said in a recent article, *Sullivan*, "All About Royalties", (1971) 16 Rocky Mountain Mineral Law Institute 227, at p. 240: "If the lessee grants or reserves a fractional interest over and above that payable to the lessor under the terms of the lease, it is designated overriding royalty and is analogous to rent charge". The writer goes on to say (at p. 273, and citing authority) that "overriding royalties have been construed to be personal property and as interests in land"; and he continues: "In their nature they are properly rents, as that term was used at common law, and therefore interests in land". This same conclusion is stated by 3 *Summers*, *Oil and Gas* (1958), pp. 685-686, as being the law of such States as California, Texas and Oklahoma.

citée à l'appui de la proposition susmentionnée; d'où l'énonciation additionnelle, dans 26 Hals., 3^e éd., p. 430, que: [TRADUCTION] «les rentes et redevances sont des rentes réelles en ce sens qu'elles dépendent du droit de retour». Ces énoncés de la position des Cours anglaises ne nous aident pas dans la présente affaire dont les faits ne cadrent pas avec ceux de l'arrêt *Berkheiser*, sans parler de ceux des deux causes anglaises précitées. Il ne s'agit pas non plus d'un cas où une redevance initialement exigée à l'égard d'une tenure à bail à laquelle s'attachait un droit de *profit à prendre*, ou à l'égard d'un droit de *profit à prendre* seul, assujetti à une condition résolutoire, a été cédée sans que le cédant du bail ou du droit de *profit* cède ses autres intérêts.

En principe, le locataire d'un droit de mine qui détient un intérêt dans un bien-fonds, pour lequel il est obligé de payer une redevance, devrait pouvoir accorder une redevance dérogatoire ou s'y soumettre à l'égard de cet intérêt, cette redevance devant elle-même être un intérêt dans ce dont le locataire est détenteur. Ce principe est bien reconnu dans les causes américaines qui portent sur des baux miniers, plus nombreuses qu'au Canada. Ainsi, dans un article récent, *Sullivan*, «All about Royalties», (1971) 16 Rocky Mountain Mineral Law Institute 227, à la p. 240, il est dit: [TRADUCTION] «Si le locataire accorde ou réserve un intérêt fractionnaire en plus de ce qu'il doit payer au locateur en vertu du bail, cet intérêt est désigné sous le nom de redevance dérogatoire et il est analogue à une servitude de rente». L'auteur poursuit en disant (p. 273, et en citant un texte) que [TRADUCTION]: «les redevances dérogatoires ont été considérées comme des biens mobiliers et comme des intérêts dans un bien-fonds»; et il ajoute ceci: [TRADUCTION] «de par leur nature, ce sont à proprement parler des rentes, selon le sens donné à ce terme en *common law*, et par conséquent des intérêts dans un bien-fonds». Cette même conclusion est énoncée dans 3 *Summers*, *Oil and Gas* (1958), pp. 685-686, comme étant le droit applicable dans certains États, tels ceux de la Californie, du Texas et de l'Oklahoma.

What remains to consider on the matter under discussion is whether or not the formulation of the royalty to Keyes shows, as a matter of its language, that an interest in land was created. The formulation accords with language that has been held sufficient for the creation of an interest in land: see (1971) 16 Rocky Mountain Mineral Law Institute at pp. 242-243. I refer also to the judgment of the Ontario Court of Appeal in *Re Dawson and Bell*, *supra*, where the oil and gas lease, a *profit à prendre*, stipulated for royalty in the following terms in the case of oil, namely, "one barrel of every ten barrels, or its equivalent in cash, of petroleum obtained or produced on the premises herein leased"; and, in the case of gas, "if found in sufficient quantities to utilize . . . one hundred dollars per annum for each well yielding gas in paying quantities, or capped . . . and the privilege of using enough to heat dwelling, if any, on said premises . . ." Both Laidlaw J.A. and McRuer J.A. (with whom Henderson J.A. agreed) referred to these royalties as in essence rent. McRuer J.A. put the matter as follows (at p. 838):

The money paid is the consideration for the right to enter upon the land and drill for oil or gas and take away the same when it is recovered, as distinct from the purchase price of oil or gas reduced to possession.

This is not to say that every reservation or grant of a royalty creates an interest in land. The words in which it is couched may show that only a contractual right to money or other benefit is prescribed. However, if the analogy is to rent, then the fact that the royalty is fixed and calculable as a money payment based on production or as a share of production, or of production and sale, cannot alone be enough to establish it as merely a contractual interest. The grant of royalty in respect of lease A-163, mentioned earlier in

Il reste à examiner, à ce propos, si d'après la formulation de la redevance payable à Keyes, eu égard aux termes employés, un intérêt dans un bien-fonds a été créé. Les termes employés concordant avec les termes qui ont été jugés aptes à créer un intérêt dans un bien-fonds: voir (1971) 16 Rocky Mountain Mineral Law Institute, pp. 242-243. Je me reporte également au jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Re Dawson and Bell*, précitée, dans laquelle le bail du droit d'extraction du pétrole et du gaz, un droit de *profit à prendre*, stipulait une redevance dans les termes suivants à l'égard du pétrole: [TRADUCTION] «un baril sur dix, ou l'équivalent en argent, du pétrole obtenu ou extrait des lieux loués par les présentes»; et, à l'égard du gaz: [TRADUCTION] «s'il en est trouvé en quantités suffisantes pour en permettre l'utilisation . . . cent dollars l'an pour chaque puits producteur de gaz en quantités rentables, ou fermé . . . et le privilège d'en utiliser assez pour chauffer une habitation, s'il en est, sur lesdits lieux . . .» Les Juges d'appel Laidlaw et McRuer (avec lesquels le Juge d'appel Henderson était d'accord) ont tous deux désigné ces redevances comme étant essentiellement des rentes. Le Juge d'appel McRuer a exposé la question en ces termes (p. 838):

[TRADUCTION] La somme payée constitue la contrepartie du droit d'aller sur le bien-fonds, de faire des forages pour extraire le pétrole ou le gaz et d'enlever ces substances lorsqu'elles sont récupérées, par opposition au prix d'achat du pétrole ou du gaz en retour de la possession.

Cela ne veut pas dire que chaque fois qu'on réserve ou accorde une redevance, on crée un intérêt dans un bien-fonds. Les termes dans lesquels la clause est rédigée peuvent indiquer que seul un droit contractuel à une somme d'argent ou à un autre avantage est prévu. Toutefois, s'il y a analogie avec une rente, le fait que la redevance est fixée et qu'elle peut se calculer comme un paiement en espèces basé sur la production ou comme une part de la production ou de la production et de la vente, ne saurait en soi en

these reasons, is an illustration of this point of view. On the other hand, *Fuller v. Howell*¹¹, may be explicable (in the absence of explanation by the Court) as a case where the royalty language was taken literally, without reliance on the analogy of rent. There a judge of the Ontario High Court held, in a flat conclusion, that an assigned oil royalty which the assignee sought to enforce against a subsequent purchaser, who acquired the title to the land and to the *profit à prendre* as well, gave merely a contractual claim. The facts related in the reasons revealed that the royalty clause obligated the original grantee of the oil rights to deliver in tanks or pipelines upon the premises one-seventh of all oil produced and saved on the premises. A further point that arises in respect of *Fuller v. Howell* is whether the royalty obligation was imposed upon the then lessee only so as to indicate a personalization of that obligation. I have already drawn attention to cl. 6 of the agreement of June 3, 1948, between Keyes and Astral which states that the agreement shall enure to and bind, *inter alia*, assigns. In any event, I am not to be taken as endorsing the result reached in *Fuller v. Howell*.

*St. Lawrence Petroleum Ltd. v. Bailey Selburn Oil & Gas Ltd. and H. W. Bass & Sons, Inc.*¹² provides a clearer illustration of a contractual result. There the issue of assignable interest in land or contractual money right arose in a context mentioned in 3 Summers, *supra*, at p. 686, namely, that "conveyances by an oil and gas lessee of an undivided fractional interest or per cent of his share of the future production from the lease was

faire un simple intérêt contractuel. La concession de la redevance à l'égard du bail A-163, mentionnée plus haut dans les présents motifs, illustre ce point de vue. D'autre part, l'arrêt *Fuller v. Howell*¹¹, peut s'expliquer ainsi (aucune explication n'ayant été donnée par la Cour): la Cour a interprété littéralement les termes de la redevance, sans se fonder sur leur analogie avec les termes d'une rente. Dans cette cause-là, un juge de la Haute Cour de l'Ontario a simplement conclu qu'une redevance cédée à l'égard du pétrole, que le cessionnaire cherchait à faire valoir contre un acquéreur subséquent, ce dernier ayant à la fois acquis la propriété du bien-fonds et le droit de *profit à prendre*, ne pouvait donner lieu qu'à une simple action contractuelle. Les faits exposés dans les motifs révélaient que la clause de redevance obligeait le concessionnaire initial des droits d'extraction du pétrole à livrer sur les lieux en cause, dans des réservoirs ou des pipe-lines, un septième de tout le pétrole produit ou capté sur lesdits lieux. Une autre question qui se pose quant à la cause *Fuller v. Howell* est celle de savoir si l'obligation de redevance a été imposée seulement à celui qui était alors locataire, de façon à indiquer qu'il s'agit d'une obligation personnelle. J'ai déjà signalé la clause 6 de la convention du 3 juin 1948, entre Keyes et Astral, laquelle stipulait que la convention avantagerait et lierait, entre autres, les ayants cause. De toute façon, on ne doit pas considérer que je souscris à la décision rendue dans *Fuller v. Howell*.

L'affaire *St. Lawrence Petroleum Ltd. c. Bailey Selburn Oil & Gas Ltd. and H. W. Bass & Sons, Inc.*¹², illustre plus clairement le cas où on a conclu à l'existence d'un lien contractuel. Dans cette cause-là, la question de savoir s'il s'agissait d'un intérêt cessible dans un bien-fonds ou d'un droit contractuel à de l'argent s'est posée dans le contexte exposé dans 3 Summers (précité) à la p. 686, soit: [TRADUCTION] «le transport, par

¹¹ [1942] 1 D.L.R. 462.

¹² [1963] S.C.R. 482.

¹¹ [1942] 1 D.L.R. 462.

¹² [1963] R.C.S. 482.

perhaps one of the first and simplest methods of raising capital for the drilling and equipping of oil and gas wells". Simplifying the facts in the case, it arose out of a farm-out agreement by which an oil lessee granted to the Bailey company the right to earn an undivided 25 per cent interest in its lease by drilling a test well in accordance with the terms of the agreement. The Bailey company in turn entered into an agreement with the appellant St. Lawrence, designated in the agreement as a "participant", whereby the latter, by participating in the cost of drilling a producing well to a prescribed percentage of the total cost, would be entitled to a prescribed percentage of the "net proceeds of production", which were defined to mean the proceeds from the sale of Bailey's share of the production after certain deductions. This participating agreement also contained a clause by which Bailey assigned to the participant such an undivided interest in the oil and gas as would, upon exploitation of the land and production therefrom being sold, yield to the participant its specified net proceeds of production. Bailey further agreed to hold its interest in the oil and gas in trust for the purposes of the agreement, and the participant agreed to reassign to Bailey such portion of the undivided interest as may be necessary to reconstitute it in Bailey in so far as it related to any portion of the land in which the participant ceased to be entitled to a share in the net proceeds of production.

St. Lawrence contended that it obtained under the agreement an assignable interest in land, capable of registration, with a right to receive and sell its share of production. It was held, however, that it did not become owner of a fractional inter-

le locataire d'un droit d'extraction du pétrole et du gaz, d'un intérêt fractionnaire indivis ou pourcentage de sa part de la production future découlant du bail est peut-être l'une des méthodes les plus anciennes et les plus simples de réunir des fonds pour le forage et l'acquisition du matériel d'exploitation des puits de pétrole et de gaz». Si nous simplifions les faits de l'affaire, le litige découlait d'une convention d'affermage dans laquelle le locataire du droit d'extraction du pétrole avait accordé à la compagnie Bailey le droit d'obtenir un intérêt indivis de 25 pour cent dans son propre bail en forant un puits d'exploration en conformité des termes de la convention. La compagnie Bailey avait à son tour conclu avec l'appelante St. Lawrence une entente où cette dernière était appelée «participante»; en vertu de cette entente, l'appelante, en contribuant aux frais de forage d'un puits productif, moyennant paiement d'un pourcentage stipulé du coût total, devait avoir droit à un pourcentage stipulé du «profit net tiré de la production», défini comme étant le profit tiré de la vente de la part de Bailey dans la production après certaines déductions. L'entente de participation renfermait également une clause dans laquelle Bailey cédait à la participante l'intérêt indivis dans le pétrole et le gaz qui, une fois le bien-fonds exploité et les substances y extraites vendues, rapporterait à la participante le profit net stipulé tiré de la production. Bailey a en outre convenu de détenir son intérêt dans le pétrole et le gaz en fiducie aux fins de l'entente, la participante convenant de céder de nouveau à Bailey telle partie de l'intérêt indivis qu'il faudrait céder pour que l'intérêt soit de nouveau dévolu à Bailey, dans la mesure où ledit intérêt concernait une partie du terrain à l'égard duquel la participante cessait d'avoir droit à une part du profit net tiré de la production.

St. Lawrence soutenait qu'en vertu de l'entente elle avait obtenu un intérêt cessible et enregistrable dans un bien-fonds, avec le droit d'obtenir et de vendre sa part de la production. Toutefois, il a été décidé qu'elle n'est pas devenue proprié-

est in land, but rather that it had a contractual right to money, being its prescribed portion of the proceeds of sale of production, and that the undivided interest spoken of in the agreement was in the nature of an equitable interest to secure its contractual right to those proceeds.

I conclude that the first two questions posed at the beginning of these reasons should be answered in Keyes' favour. He became entitled to an overriding royalty in respect of the lessee's interest in lease A-4010, whether that interest was a leasehold in the strict sense or a *profit à prendre* for a term; and the royalty, unaccrued, was an interest in land, analogous to a rent-charge, and, in the circumstances, binding on the appellant as subsequent assignee of lease A-4010.

The next question is whether the Minister's consent in writing to the creation of the overriding royalty was required, pursuant to s. 11 of the Alkali Mining Regulations, and if so whether it was in fact given. An allied point brought into contention was whether it was open to the appellant to take the objection that the consent was not obtained. These issues are distinct from the matter of consent arising under cl. 13 of the lease of January 30, 1948, to Harvie, and which provided that "the lessee will not transfer or assign these presents or sublet the said premises, or any part thereof, without the written consent of the Minister [representing the Crown lessor] first had and obtained". I need not pursue this provision because, whatever be the thrust of the clause, it is not, as the trial judge held, one upon which the appellant can rely: see *McKillop & Benjafield v. Alexander*¹³.

taire d'un intérêt fractionnaire dans le bien-fonds, mais plutôt qu'elle avait un droit contractuel à une somme d'argent, soit la partie qui lui avait été affectée du profit tiré de la vente des substances extraites, et que l'intérêt indivis dont l'entente faisait mention était un intérêt en *equity* destiné à assurer son droit contractuel à ce profit.

Je conclus que la réponse aux deux premières questions mentionnées au début des présents motifs devrait être en faveur de Keyes. Il a obtenu un droit à une redevance dérogatoire à l'égard de l'intérêt du locataire en vertu du bail n° A-4010, que cet intérêt ait été une tenure à bail au sens strict ou un droit de *profit à prendre* pour un certain temps; la redevance non échue était un intérêt dans le bien-fonds, analogue à une servitude de rente, et, dans ces conditions, elle liait l'appelante en tant que cessionnaire subséquente du bail n° A-4010.

La question suivante est celle de savoir si le consentement par écrit du Ministre était nécessaire pour la création de la redevance dérogatoire, en conformité de l'art. 11 des Alkali Mining Regulations, et le cas échéant, si pareil consentement a de fait été donné. On a soulevé un point connexe, soit la question de savoir si l'appelante était recevable à formuler l'objection que le consentement n'avait pas été obtenu. Il ne s'agit pas dans ces deux cas du consentement prévu à la clause 13 du bail du 30 janvier 1948 en faveur de Harvie, laquelle clause stipulait que: [TRANSDUCTION] «le locataire ne transportera ni ne cédera le présent bail, ne sous-louera lesdits lieux ni aucune partie d'iceux sans obtenir au préalable le consentement par écrit du Ministre (représentant la Couronne locatrice)». Je n'ai pas à examiner plus longuement cette disposition; quelle que soit la portée de la clause, l'appelante ne peut pas se fonder sur celle-ci, comme l'a décidé le juge de première instance: voir *McKillop & Benjafield c. Alexander*¹³.

¹³ (1912), 45 S.C.R. 551.

¹³ (1912), 45 R.C.S. 551.

The trial judge made no ruling on the effect of s. 11 of the Alkali Mining Regulations although it was pleaded in defence. In the Court of Appeal, the reference to this section was limited to its effect upon the option which Harvie (as the two Courts below held) had granted to Keyes. The Court concluded that the option fell outside the words of the section; it was only when the option was exercised and was consummated by a transfer or assignment that consent would be required. Consent in this respect was given when Harvie assigned to Astral and, again when Astral assigned to the appellant. I am of the opinion that this conclusion is plainly right. I am of the opinion also that s. 11 does not apply to the gross overriding royalty stipulated in the agreement between Astral and Keyes, and hence the issue of fact and the question whether the appellant can invoke s. 11 do not arise. My reasons for these views follow.

The term "lessee" used in s. 11 has not been given any extended meaning in the Alkali Mining Regulations, as promulgated by Order in Council 1357/43 of December 6, 1943, and as amended from time to time; nor have these regulations given any extended meaning to the terms "assign, transfer or sublet" in s. 11. "Lessee" is defined in the Regulations simply as meaning "the holder of a lease in good standing, acquired under the provisions of these regulations"; the other terms mentioned above are not defined at all. Nor is there any definition of any of the terms in question in the *Mineral Resources Act*, as it stood at the time of the promulgation of the Regulations or later, or as it now stands (see R.S.S. 1965, c. 50).

The granting of an option is not an assignment, transfer or subletting, at least not where there has been no take over of the rights under the lease by the optionee. Again, although an optionee for a lease of mining rights may have an interest in land, he is not a lessee, either in law or in equity

Le juge de première instance ne s'est pas prononcé sur l'effet de l'art. 11 des Alkali Mining Regulations, bien que ce point ait été invoqué en défense. En Cour d'appel, cet article n'a été mentionné que du point de vue de son effet sur l'option que Harvie (comme l'ont décidé les deux cours d'instance inférieure) avait accordée à Keyes. La Cour a conclu que les termes de cet article ne visaient pas l'option; ce n'était que lorsque l'option était exercée et réalisée par un transport ou une cession que le consentement était requis. A cet égard, le consentement a été donné lorsque Harvie a fait cession à Astral, puis lorsque Astral a fait cession à l'appelante. Je crois que cette conclusion est nettement fondée. Je suis également d'avis que l'art. 11 ne s'applique pas au droit indépendant à la redevance dérogatoire stipulé dans la convention intervenue entre Astral et Keyes; par conséquent, la question de fait et celle de savoir si l'appelante peut invoquer l'article 11 ne se posent pas. Et voici pourquoi.

L'expression «locataire», à l'art. 11, n'a pas un sens large dans les Alkali Mining Regulations, tels qu'ils ont été promulgués par le décret du conseil 1357/43 du 6 décembre 1943; et ces règlements n'ont pas non plus donné un sens large aux termes «cédera, ne transportera ni ne sous-louera» de l'art. 11. L'expression «locataire» y est définie comme signifiant simplement: [TRADUCTION] «le détenteur d'un bail valide, acquis en vertu des dispositions des présents règlements»; les autres termes précités ne sont pas définis. Il n'y a pas de définition non plus d'aucun des termes en question dans le *Mineral Resources Act*, tel qu'il existait au moment de la promulgation des règlements ou subséquemment, ou tel qu'il existe actuellement (voir R.S.S. 1965, c. 50).

L'octroi d'une option ne constitue pas une cession, un transport ou un sous-bail, du moins pas lorsque le titulaire de l'option n'a pas acquis les droits stipulés au bail. Bien que le titulaire d'une option relative à un bail des droits de mine puisse avoir un intérêt dans un bien-fonds, il

while the option remains unexercised. Harvie was the lessee from the Crown at the time that Astral and Keyes made their agreement, and it was the consent to Harvie's assignment to Astral that alone was required by s. 11. That consent was given.

The fact that Keyes, under his option, could command the assignment by Harvie to Astral involved no circumvention of s. 11. The distinctions between an assignment and a contract to assign, between a transfer and a contract to transfer, between a sublease and a contract to sublet are too well established to need any comment. There is nothing in the Alkali Mining Regulations nor in the *Mineral Resources Act*, on which they are founded, that impels a meaning to the words of s. 11 other than their ordinary meaning in order to expand its restrictions in favour of the Crown in right of Saskatchewan.

*Frobisher Ltd. v. Canadian Pipelines and Petroleum Ltd.*¹⁴ turned on a different regulation differently formulated from s. 11. It forbade acquisition "by transfer, assignment or otherwise howsoever [of] any mineral claim or any right or interest therein" (the italics are mine). Section 11 is limited to assignment, transfer or subletting of "the rights described in the lease or any part thereof"; and I construe the last quoted words as referring to the rights in the whole lease or in any part of the lease. When to this is added the fact that only the lessee is thus enjoined, I cannot agree that s. 11 forbids a lessee to enter into contracts respecting his lease rights unless he first obtains Minister's consent. It would, in my opinion, be untenable to urge that a lessee, while remaining such, would be precluded without the Minister's consent under s. 11, from entering into a working or management agreement with another person in return for a royalty. Section 11

n'est pas locataire, ni en *common law* ni en *equity* tant que l'option n'est pas levée. Harvie était locataire de la Couronne au moment où Astral et Keyes ont conclu leur entente; l'art. 11 prévoit uniquement qu'un consentement soit donné à la cession de Harvie à Astral. Ce consentement a été donné.

Le fait qu'en vertu de son option, Keyes pouvait demander que Harvie effectue la cession en faveur d'Astral ne viole pas l'art. 11. Les distinctions entre une cession et un contrat en vue de céder, entre un transport et un contrat en vue de transporter, entre un sous-bail et un contrat en vue de sous-louer sont assez bien établies pour se passer de commentaires. Il n'y a rien dans les Alkali Mining Regulations ni dans le *Mineral Resources Act*, sur lequel ces règlements sont fondés, qui puisse conférer aux termes de l'art. 11 un sens différent de leur sens ordinaire, de façon à en étendre les restrictions en faveur de la Couronne du chef de la province de Saskatchewan.

L'arrêt *Frobisher Ltd. c. Canadian Pipelines and Petroleum Ltd.*¹⁴, met en jeu un autre règlement, dont la formulation est différente de celle de l'art. 11. Ce règlement interdisait l'acquisition [TRADUCTION] «par transfert, cession ou de quelque autre façon (de) tout claim minier ou de tout droit ou intérêt y afférent» (les italiques sont de moi). L'article 11 ne porte que sur la cession, le transport ou le sous-louage des [TRADUCTION] «droits décrits dans le bail, ou de quelque partie d'iceux»; j'interprète les derniers termes cités comme se rapportant aux droits stipulés dans l'ensemble du bail ou dans quelque partie de ce dernier. Lorsqu'on tient compte en plus du fait que seul le locataire a cette obligation, je ne puis accepter que l'art. 11 interdise à un locataire de conclure des contrats relativement aux droits qu'il a en vertu d'un bail sans obtenir au préalable le consentement du Ministre. A mon avis, il serait impossible de soutenir que le locataire,

¹⁴ [1960] S.C.R. 126.

¹⁴ [1960] R.C.S. 126.

must speak more clearly before being construed as a bar to common arrangements of the kind suggested.

Turning to the second point upon which s. 11 is invoked, namely, the lack of consent to the overriding royalty, the question is simply whether the Minister's consent was a prerequisite to the arrangement for royalty between Astral and Keyes. What Astral, as lessee, was precluded from assigning were the "rights described in [the] lease", that is the rights as between lessor and lessee, set out in the grant to Harvie of January 30, 1948. There is nothing in the agreement of June 3, 1948, between Astral and Keyes, under which the overriding royalty arises, that involves any transfer to Keyes of any of Astral's rights from the lessor under lease A-4010. Nor did Astral interfere, in its agreement with Keyes, with any of the rights of the lessor, whether to royalty or otherwise. I have already set out the rights that were vested in the lessee under lease A-4010. They remained undisturbed by the agreement of June 3, 1948. Astral simply assumed an additional burden in respect of its leasehold; charging it did not amount either to a transfer or assignment or sublease. The language of s. 11 does not comprehend the assumption of a burden by way of the creation of an overriding royalty any more than it comprehends an option.

The final point is that of an alleged surrender by operation of law, resulting, according to the submission of the appellant, in an extinguishment of the royalty to Keyes. The contention is untenable. The appellant is a corporation, as it admits in its statement of defence; and, although it is an agent of the Crown and its property is

tant qu'il est locataire, ne pourrait pas, sans le consentement du Ministre, en vertu de l'art. 11, conclure avec une autre partie un accord d'exploitation ou de gestion en échange d'une redevance. L'art. 11 doit être plus explicite pour qu'on puisse l'interpréter comme faisant obstacle aux arrangements habituels de ce genre.

Passons maintenant à la seconde question à l'égard de laquelle l'art. 11 est invoqué, soit l'absence de consentement à la redevance dérogatoire; il s'agit simplement de savoir si le consentement du Ministre constitue une condition préalable à l'arrangement qu'Astral a conclu avec Keyes au sujet de la redevance. Ce qu'Astral, en sa qualité de locataire, ne pouvait pas céder, c'étaient les [TRADUCTION] «droits décrits dans (le) bail», soit les droits entre locateur et locataire, lesquels sont énoncés dans la cession du 30 janvier 1948 en faveur de Harvie. Rien dans l'entente qu'Astral a conclue avec Keyes le 3 juin 1948, de laquelle découle la redevance dérogatoire, n'implique un transfert, en faveur de Keyes, d'un des droits conférés par le bailleur à Astral dans le bail A-4010. De plus, dans l'entente qu'elle a conclue avec Keyes, Astral n'a modifié aucun des droits du bailleur, qu'il s'agisse de la redevance ou d'un autre droit. J'ai déjà énoncé les droits qui ont été conférés au locataire par le bail A-4010. L'entente du 3 juin 1948 ne les a pas modifiés. Astral a simplement assumé une charge additionnelle en ce qui concerne sa tenure à bail; le fait de grever ainsi sa tenure n'équivalait ni à un transfert, ni à une cession, ni à un sous-bail. Les termes de l'art. 11 ne visent pas le cas où l'on accepte une charge par suite de la création d'une redevance dérogatoire, pas plus qu'ils ne visent une option.

La dernière question porte sur l'allégation qu'il y a eu abandon par l'effet de la loi, entraînant, selon la prétention de l'appelante, l'extinction du droit de redevance en faveur de Keyes. Cette prétention est intenable. L'appelante est une corporation, comme elle l'admet dans sa défense; bien qu'elle soit un mandataire de la Couronne et que

that of the Crown under relevant legislation, it exercises its powers in its own name. No surrender occurred when it took an assignment from Astral in its own name. Moreover, an outstanding interest of a third party in a holding whose owner is subject thereto is not obliterated when that holding comes into the hands of an assignee with notice merely because the assignee is also the holder of the reversion or reverter in the land and as a result purports to claim the entire title by way of merger. A present interest, such as the royalty in this case, remains unaffected. The argument to the contrary is reminiscent of the common law rules as to the destructibility of contingent remainders, long ago overcome by statute. I do not think that the fact that the Crown and an agent of the Crown are involved calls for special consideration to them to the prejudice of a private citizen.

I would dismiss the appeal with costs, and I would dismiss the application to vary with costs.

Appeal allowed with costs, HALL and LASKIN JJ. dissenting.

Solicitors for the defendant, appellant: Goodall, Gerrand, Gerein & McLellan, Regina.

Solicitors for the plaintiff, respondent: Pedersen, Norman, McLeod & Todd, Regina.

ses biens appartiennent à la Couronne en vertu de la législation pertinente, elle exerce ses pouvoirs en son propre nom. Il n'y a eu aucun abandon lorsqu'elle a accepté d'Astral une cession pour son propre compte. De plus, l'intérêt d'un tiers dans un fonds dont le propriétaire est assujéti à cet intérêt ne s'éteint pas lorsque ce fonds passe à un cessionnaire qui a connaissance de tel intérêt simplement parce que ce cessionnaire détient également le droit de retour sur le bien-fonds et par conséquent prétend avoir droit à un titre absolu par voie de consolidation. Un intérêt actuel, tel que la redevance, en l'espèce, n'est pas touché. Toute prétention contraire rappelle les règles de *common law* relatives à la possibilité d'extinction des droits dont la dévolution dépend d'un événement incertain, depuis longtemps dépassées par la législation. Je ne crois pas que le fait que la Couronne et un mandataire de la Couronne sont en cause nous oblige à accorder à ceux-ci une considération spéciale, au détriment d'un particulier.

Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens, et de rejeter la requête en modification avec dépens.

Appel accueilli avec dépens, les Juges HALL et LASKIN étant dissidents.

Procureurs de la défenderesse, appelante: Goodall, Gerrand, Gerein & McLellan, Regina.

Procureurs du demandeur, intimé: Pedersen, Norman, McLeod & Todd, Regina.