

Andrew Hawrish *Appellant*;

and

Ray Peters, Raymond N. Resky, Fred L. Dunbar and Harold J. Russell *Respondents*.

File No.: 16294.

1982: April 28; 1982: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Limitation of actions — Action to recover from co-sureties — Date that right to call for contributions from co-sureties arose — The Limitation of Actions Act, R.S.S. 1965, c. 84, s. 3.

Appellant commenced this action to recover contributions from two sureties for a bank debt of a third party. The debt had been retired by appellant, through payments made between April 1, 1970 and May 4, 1972, following a decision of the Saskatchewan Court of Appeal, made July 18, 1967 and affirmed here on January 28, 1969, finding appellant liable. Appellant paid more than his *pro rata* share of the debt on June 2, 1970. The writ in this action was issued January 17, 1975.

The issue before this Court was when did the right of a surety to call for contributions arise. The trial judge ruled and the Court of Appeal affirmed that *The Limitation of Actions Act* began to run from the date judgment was rendered against appellant.

Held: The appeal should be allowed.

The action was not statute-barred by *The Limitation of Actions Act*. The right of a surety to bring an action against his co-sureties arose when the surety paid any sum beyond his share of the debt. Where the plaintiff seeks a declaratory order *in futuro* relating to the obligation of a co-surety, the limitation period runs from the date of the ascertainment of liability, which occurs when the last right of appeal has expired. In this case, that date was January 28, 1969, less than six years prior to the issuance of the writ.

The proceedings must be referred back to the trial court for a determination on the merits.

Andrew Hawrish *Appelant*;

et

Ray Peters, Raymond N. Resky, Fred L. Dunbar et Harold J. Russell *Intimés*.

N° du greffe: 16294.

1982: 28 avril; 1982: 23 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Prescription — Action en recouvrement contre les cofidélus — Date à laquelle le droit d'action en contribution contre les cofidélus prend naissance — The Limitation of Actions Act, R.S.S. 1965, chap. 84, art. 3.

L'appelant a intenté la présente action pour obtenir la contribution de deux cautions d'une dette bancaire d'un tiers. L'appelant a éteint la dette par des paiements faits entre le 1^{er} avril 1970 et le 4 mai 1972, après un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan rendu le 18 juillet 1967, confirmé en cette Cour le 28 janvier 1969, selon lequel l'appelant était obligé de payer la dette. L'appelant a payé plus que sa part de la dette le 2 juin 1970. Le bref d'assignation a été délivré le 17 janvier 1975.

La question soumise à cette Cour est celle de savoir à quel moment le droit d'une caution à la contribution des cofidélus prend naissance. Le juge de première instance a statué et la Cour d'appel a confirmé que la prescription en vertu de *The Limitation of Actions Act* commence à courir à compter de la date du jugement rendu contre l'appelant.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'action n'est pas prescrite en vertu de *The Limitation of Actions Act*. Le droit d'une caution d'intenter une action à ses cofidélus naît dès que la caution paie un montant supérieur à sa part de la dette. Lorsque le demandeur demande un jugement déclaratoire pour l'avenir à l'égard des obligations d'un cofidélus, la prescription court de la date de la détermination de l'obligation de l'appelant, laquelle n'a eu lieu qu'à l'expiration du dernier délai d'appel. En l'espèce, cette date est le 28 janvier 1969, moins de six ans avant la délivrance du bref d'assignation.

L'affaire doit être déférée au tribunal de première instance pour qu'il statue au fond.

Davies v. Humphreys (1840), 6 M. & W. 152; *Ex parte Snowdon. In re Snowdon* (1881), 17 Ch. D. 44; *Gardner v. Brooke and Others*, [1897] 2 I.R. 6; *Stirling and Burdett*, [1911] 2 Ch. 418; *In re Richardson. Ex parte The Governors of St. Thomas's Hospital*, [1911] 2 K.B. 705; *In re Beavan. Davies, Banks and Co. v. Beavan*, [1913] 2 Ch. 595; *Dominion of Canada Investment and Debuture Co. Ltd. v. Gelhorn*, [1917] 3 W.W.R. 231; *Patterson v. Campbell* (1910), 44 N.S.R. 214; *Tucker v. Bennett* (1927), 60 O.L.R. 118; *Walker v. Bowry and Another* (1924), 35 C.L.R. 48 dismissing an appeal from [1924] Q.S.R. 142, referred to; *Wolmershausen v. Gullick*, [1893] 2 Ch. 514; *Roddy v. Atkinson*, [1949] 1 W.W.R. 927, distinguished.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal affirming without reasons a judgment of Maher J. Appeal allowed.

B. A. Crane, Q.C., for the appellant.

Reynold Robertson and Brent Gough, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—This action was commenced by the appellant as plaintiff to recover contribution from two sureties for a bank debt of a third party, which debt was retired by the plaintiff-appellant Hawrish by payments made to the Bank of Montreal, the creditor of the third party. The essential dates are as follows:

1. October 6, 1964:

Judgment in the action by the Bank of Montreal as creditor of the third party on the guaranty given to the Bank by the appellant finding the appellant was not liable to the Bank on his guaranty.

2. July 18, 1967:

The Court of Appeal for Saskatchewan reversed the judgment at trial and found the appellant liable to the Bank on its guaranty.

Jurisprudence: arrêts mentionnés: *Davies v. Humphreys* (1840), 6 M. & W. 152; *Ex parte Snowdon. In re Snowdon* (1881), 17 Ch. D. 44; *Gardner v. Brooke and Others*, [1897] 2 I.R. 6; *Stirling and Burdett*, [1911] 2 Ch. 418; *In re Richardson. Ex parte The Governors of St. Thomas's Hospital*, [1911] 2 K.B. 705; *In re Beavan. Davies, Banks and Co. v. Beavan*, [1913] 2 Ch. 595; *Dominion of Canada Investment and Debuture Co. Ltd. v. Gelhorn*, [1917] 3 W.W.R. 231; *Patterson v. Campbell* (1910), 44 N.S.R. 214; *Tucker v. Bennett* (1927), 60 O.L.R. 118; *Walker v. Bowry and Another* (1924), 35 C.L.R. 48, qui rejette l'appel de [1924] Q.S.R. 142 distinction faite avec *Wolmershausen v. Gullick*, [1893] 2 Ch. 514; *Roddy v. Atkinson*, [1949] 1 W.W.R. 927.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan qui confirme, sans motifs écrits, un jugement du juge Maher. Pourvoi accueilli.

B. A. Crane, c.r., pour l'appellant.

Reynold Robertson et Brent Gough, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—L'appellant a intenté la présente action à titre de demandeur pour obtenir la contribution de deux cautions d'une dette bancaire d'un tiers; le demandeur appellant Hawrish a éteint la dette en faisant des paiements à la Banque de Montréal, créancière du tiers. Les dates essentielles sont les suivantes:

1. Le 6 octobre 1964:

Jugement dans l'action de la Banque de Montréal à titre de créancière du tiers, fondée sur le cautionnement consenti à la Banque par l'appellant, lequel jugement conclut que l'appellant n'est pas obligé envers la Banque en vertu de son cautionnement.

2. Le 18 juillet 1967:

La Cour d'appel de la Saskatchewan infirme le jugement de première instance et conclut que l'appellant est obligé envers la Banque en vertu du cautionnement.

3. January 28, 1969:

Judgment of the Supreme Court of Canada dismissing the appeal from the judgment of the Court of Appeal.

4. *April 1, 1970 to May 4, 1972:

Payments made by the appellant to the Bank in the amount of \$14,700 discharging the guaranty with interest.

* On June 2, 1970 the appellant paid more than his *pro rata* share on the joint guaranty given by the appellant and the respondents to the Bank.

5. January 17, 1975:

Writ issued against the respondents.

The appellant commenced these proceedings against the co-sureties but the trial judge found that his claim was statute barred. The court of first instance interpreted *The Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1965, c. 84, as requiring the computation of the six-year prescriptive period from the date of the judgment of the Court of Appeal when the appellant was first held to be liable on the guaranty.

Section 3 of *The Limitation of Actions Act*, *supra*, provides as follows:

3.—(1) The following actions shall be commenced within and not after the times respectively hereinafter mentioned:

(f) actions for:

(i) the recovery of money, except in respect of a debt charged upon land, whether recoverable as a debt or damages or otherwise, and whether on a recognizance, bond, covenant or other specialty or on a simple contract, express or implied; or

(ii) an account or for not accounting;

within six years after the cause of action arose;

[Emphasis added.]

The rule ordinarily applicable in actions for the recovery of money from fellow guarantors is set out in *Halsbury*, 4th ed., vol. 28, p. 302 (para. 671) and *Halsbury*, 4th ed., vol. 20, p. 122 (paras. 224-5). The former reads as follows:

3. Le 28 janvier 1969:

Arrêt de la Cour suprême du Canada rejetant le pourvoi à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel.

^a 4. *Du 1^{er} avril 1970 au 4 mai 1972:

Paiements effectués par l'appellant à la Banque d'une somme totale de \$14,700, avec intérêts, en exécution du cautionnement.

^b * Le 2 juin 1970 l'appellant a payé plus que sa quote-part du cautionnement conjoint consenti à la Banque par l'appellant et les intimés.

5. Le 17 janvier 1975:

^c Délivrance du bref d'assignation contre les intimés.

L'appellant a intenté la présente action à ses cofidélusseurs, mais le juge de première instance a conclu que sa réclamation était prescrite. Suivant son interprétation de *The Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1965, chap. 84, cette loi exige que le délai de prescription de six ans soit calculé à partir de la date de l'arrêt de la Cour d'appel par lequel l'appellant a, pour la première fois, été jugé lié par le cautionnement.

L'article 3 de *The Limitation of Actions Act*, précité, prévoit ce qui suit:

^f [TRADUCTION] 3.—(1) Les actions suivantes doivent être intentées dans les délais respectifs ci-après mentionnés:

^f) les actions:

(i) en recouvrement de sommes d'argent, sauf à l'égard de dettes de nature immobilière, qu'elles soient recouvrables à titre de dette, de dommages-intérêts ou à tout autre titre, et qu'elles résultent d'une reconnaissance de dette, d'une obligation, d'un engagement ou de tout autre contrat formel ou simple, exprès ou implicite; ou

(ii) sur reddition de comptes ou en reddition de comptes;

dans un délai de six ans à compter de la naissance de la cause d'action;

[C'est moi qui souligne.]

La règle ordinairement applicable dans les actions en recouvrement de sommes d'argent contre des cautions conjointes est énoncée à *Halsbury*, 4^e éd., t. 28, p. 302 (par. 671) et *Halsbury*, 4^e éd., t. 20, p. 122 (par. 224 et 225). Le paragraphe 671 se lit ainsi:

671. **Co-sureties etc.** As between co-sureties, co-contractors, or co-debtors, the statute of limitation runs against the right of contribution of one who has paid more than his share from the time of such payment. It is immaterial that at the time of action for contribution the statute may have run between the principal creditor and the co-surety who is sued for contribution.

The text, *Rowlatt on Principal and Surety* (4th ed. 1982), states the rule this way, at p. 197:

No claim for contribution accrues till a surety has paid more than his share of what is unpaid by the debtor . . . As soon as the surety has paid his share he can sue his co-sureties *toties quoties* for every further payment made by him.

To the same effect is the comment in Holmstead and Gale, *Rules of Practice*, (Annotated), 1273:

Until one surety has paid more than his due proportion of the entire debt, he cannot call on a co-surety to contribute merely because he has paid more than he presently ought to pay . . .

and later on the same page:

Strictly speaking, a right to indemnity, as such, arises only when the surety has paid the debt . . .

These and other texts writing to the same effect draw their authority for the statements as quoted above from a line of cases commencing with *Davies v. Humphreys* (1840), 6 M. & W. 152, as followed and applied in *Ex parte Snowden. In re Snowden* (1881), 17 Ch. D. 44 (C.A.), *per* Brett M.R. at p. 48; *Gardner v. Brooke and Others*, [1897] 2 I.R. 6, *per* O'Brien J. at p. 12; *Stirling and Burdett*, [1911] 2 Ch. 418 at p. 423; *In re Richardson. Ex parte The Governors of St. Thomas's Hospital*, [1911] 2 K.B. 705; and *In re Beavan. Davies, Banks and Co. v. Beavan*, [1913] 2 Ch. 595, at p. 600. In *Davies v. Humphreys*, *supra*, Baron Parke, giving judgment for the Court of Exchequer Chamber, stated at p. 169:

In truth, therefore, until the one has paid more than his proportion, either of the whole debt, or of that part of the debt which remains unpaid by the principal, it is not clear that he ever will be entitled to demand any thing from the other; and before that, he has no equity to

[TRADUCTION] 671. **Cofidéjusseurs etc.** Entre cofidéjusseurs, cocontractants ou codébiteurs, le délai de prescription applicable à l'action en contribution de celui qui a payé plus que sa part court depuis le moment de ce paiement. Peu importe qu'au moment de l'action en contribution la prescription ait pu courir entre le créancier principal et le cofidéjusseur poursuivi en contribution.

Le traité *Rowlatt on Principal and Surety* (4^e éd. 1982) énonce la règle de la façon suivante, à la p. 197:

[TRADUCTION] Aucune demande en contribution ne prend naissance avant qu'une caution ait payé plus que sa part de la dette du débiteur . . . Du moment que la caution a payé sa part, elle peut poursuivre ses cofidéjusseurs *toties quoties* chaque fois qu'elle fait un paiement supplémentaire.

Le commentaire de Holmstead et Gale dans *Rules of Practice*, (annoté), 1273, va dans le même sens:

[TRADUCTION] Jusqu'à ce qu'une caution ait payé plus que sa part de la totalité de la dette, elle ne peut demander de contribution à un cofidéjusseur simplement parce qu'elle a payé plus qu'elle n'aurait dû à ce moment.

Plus bas à la même page:

[TRADUCTION] A proprement parler, le droit à une indemnité comme telle ne naît que lorsque la caution a payé la dette . . .

Ces textes et d'autres textes au même effet s'appuient sur une jurisprudence qui a débuté par *Davies v. Humphreys* (1840), 6 M. & W. 152, suivie et appliquée par le maître des rôles Brett dans *Ex parte Snowden. In re Snowden* (1881), 17 Ch. D. 44 (C.A.), à la p. 48; par le juge O'Brien dans *Gardner v. Brooke and Others*, [1897] 2 I.R. 6, à la p. 12; dans *Stirling and Burdett*, [1911] 2 Ch. 418, à la p. 423; dans *In re Richardson. Ex parte The Governors of St. Thomas's Hospital*, [1911] 2 K.B. 705; et dans *In re Beavan. Davies, Banks and Co. v. Beavan*, [1913] 2 Ch. 595, à la p. 600. Dans l'arrêt *Davies v. Humphreys*, précité, le baron Parke qui rend jugement au nom de la Court of Exchequer Chamber, dit à la p. 169:

[TRADUCTION] Donc, en réalité, tant qu'une personne n'a pas payé plus que sa part de la totalité de la dette ou de la partie de la dette encore due par le débiteur principal, il n'est pas évident qu'elle ait le moindre droit de réclamer quoi que ce soit des autres; avant cela, elle

receive a contribution, and consequently no right of action, which is founded on the equity to receive it . . . But, whenever it appears that one has paid more than his proportion of what the sureties can ever be called upon to pay, then, and not till then, it is also clear that such part ought to be repaid by the others, and the action will lie for it.

These cases have been brought into this country in cases such as *Dominion of Canada Investment and Debenture Co. Ltd. v. Gelhorn*, [1917] 3 W.W.R. 231 (Sask. C.A.), *Patterson v. Campbell* (1910), 44 N.S.R. 214 (N.S. C.A.), and *Tucker v. Bennett* (1927), 60 O.L.R. 118 (H.C.) In Australia the same principle of law has been applied in *Walker v. Bowry and Another* (1924), 35 C.L.R. 48 (High Court of Australia), dismissing an appeal from [1924] Q.S.R. 142 (S.C.) These principles were applied to a set of facts almost identical to that before the Court on this appeal. The Australian High Court expressed the rule in the following manner:

Lastly, it was suggested that Walker's right to this contribution was barred by the Statute of Limitations. The argument was based upon some observations in *Wolmershausen v. Gullick and Robinson v. Harkin*. But *Gardner v. Brooke* shows that, in the present case, Walker had no right to sue Bowry for the £400 until he had paid the money. And he paid, in point of fact, between 25th August 1919 and 14th June 1922—less than six years before action brought. [*Per* Starke J. at p. 59.]

All these cases concern actions on guaranties. We are not here concerned with contributions by joint tort feorsors and the computation of limitation periods in respect to such causes of action.

The respondents largely based their resistance to the claims of the appellant on the judgment in *Wolmershausen v. Gullick*, [1893] 2 Ch. 514. In this case the surety had not yet paid any part of the judgment entered against him in favour of the principal creditor. The liability of the surety was determined in an action for the administration of a deceased's estate. The surety's liability was determined in those proceedings and the surety was denied the right to bring the co-sureties in under third party procedure. Before the surety paid any

n'a pas le droit de recevoir de contribution et en conséquence aucun droit d'action qui soit fondé sur le droit de la recevoir . . . Toutefois, chaque fois qu'il appert qu'une personne a payé plus que sa part de ce que les cautions peuvent être appelées à payer, alors et seulement alors, il est aussi évident que les autres doivent la rembourser de cette partie et qu'elle a un droit d'action à cette fin.

Cette jurisprudence a été appliquée au pays dans des affaires telles *Dominion of Canada Investment and Debenture Co. Ltd. v. Gelhorn*, [1917] 3 W.W.R. 231 (C.A. Sask.), *Patterson v. Campbell* (1910), 44 N.S.R. 214 (C.A. N.-E.) et *Tucker v. Bennett* (1927), 60 O.L.R. 118 (H. C.). Le même principe de droit a été appliqué en Australie dans l'arrêt *Walker v. Bowry and Another* (1924), 35 C.L.R. 48 (Haute Cour d'Australie), lequel rejette un appel d'une décision publiée à [1924] Q.S.R. 142 (S.C.). Ces principes ont été appliqués à un ensemble de faits presque identiques à ceux qui sont soumis à la Cour en l'instance. La Haute Cour d'Australie a exprimé la règle dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Enfin, on a fait valoir que le droit de Walker à cette contribution était prescrit en vertu de la Loi. L'argument se fonde sur certaines remarques dans les arrêts *Wolmershausen v. Gullick* et *Robinson v. Harkin*. Mais l'affaire *Gardner v. Brooke* démontre qu'en l'instance, Walker n'avait pas le droit de poursuivre Bowry pour la somme de £400 avant de l'avoir payée. En réalité il a payé entre le 25 août 1919 et le 14 juin 1922, c.-à-d. moins de six ans avant le début de l'action. [*Le juge Starke*, à la p. 59.]

Toutes ces affaires ont trait à des actions sur cautionnement. Il ne s'agit pas en l'espèce de contribution de coauteurs de délits civils, ni du calcul du délai de prescription à l'égard de ces causes d'action.

Pour contester les réclamations de l'appelant, les intimés se fondent principalement sur l'arrêt *Wolmershausen v. Gullick*, [1893] 2 Ch. 514. Dans cette affaire, la caution n'avait encore versé aucune partie de la somme qu'un jugement la condamnait à payer au créancier principal. La responsabilité de la caution avait été établie dans une action relative à l'administration d'une succession; la caution avait été empêchée d'appeler ses cofidélus en garantie. Avant de déboursier quelque somme que ce soit au titre du cautionne-

part of the moneys owing under the guaranty he brought action against the co-sureties. In this action the surety:

claimed a declaration that the Defendants were jointly and severally liable to contribute with the Plaintiff to the discharge of the principal debt and an order upon the Defendants respectively to contribute with the Plaintiff to pay ... the amount of their debt, or, in the alternative, an order upon them to indemnify the Plaintiff against any sums which she might pay ... in excess of her proper share.

In disposing of the action Wright J. said, at p. 529:

The principal creditor not being a party, I think I cannot order payment to him or directly prevent him from enforcing his judgment against the Plaintiff alone. Nor can I at present order the co-surety to pay his half to the Plaintiff, or the Plaintiff cannot give him a discharge as against the principal creditor ... But I think that I can declare the Plaintiff's right, and make a prospective order under which, whenever she has paid any sum beyond her share, she can get it back, and I therefore declare the Plaintiff's right to contribution, and direct that, upon the Plaintiff paying her own share, the Defendant *Gullick* is to indemnify her against further payment or liability, and is, by payment to her or to the principal creditor or otherwise, to exonerate the Plaintiff from liability beyond the extent of her own share.

It thus is apparent that in that action the plaintiff sought a declaratory action *in futuro*. What we are concerned with is an action "for the recovery of money" from a co-surety under an existing right. *The Limitation of Actions Act* directs itself to "actions for the recovery of money". It may well be that the *Wolmershausen* type of action is not touched by *The Limitation of Actions Act* of Saskatchewan, at least not s. 3(1), but we of course do not have to make any such decision here for the disposition of this appeal. Furthermore, if the declaratory action which includes a direction to pay is by its very terms operative only "upon the plaintiff paying her own share", it follows that the right to recovery under that judgment was not

ment, la caution a intenté une action contre les cofidéjusseurs. Dans cette action, la caution:

[TRADUCTION] demande un jugement déclarant que les défendeurs sont conjointement et solidairement tenus de contribuer avec la demanderesse au paiement de la dette principale et une ordonnance enjoignant aux défendeurs de contribuer avec la demanderesse au paiement ... de la somme due ou, subsidiairement, une ordonnance leur enjoignant d'indemniser la demanderesse de toute somme qu'elle pourrait payer ... en sus de sa quote-part.

Voici comment le juge Wright dispose de l'action, à la p. 529:

[TRADUCTION] Le créancier principal n'étant pas partie à l'action, je crois que je ne peux pas ordonner que le paiement lui soit fait ni l'empêcher directement d'exécuter le jugement prononcé en sa faveur à l'encontre de la seule demanderesse, et je ne peux pas non plus ordonner immédiatement au cofidéjussur de payer sa moitié à la demanderesse puisque celle-ci ne peut lui donner quittance au nom du créancier principal. ... Je crois cependant que je peux rendre un jugement déclaratoire qui statue sur le droit de la demanderesse et rendre une ordonnance pour l'avenir en vertu de laquelle chaque fois qu'elle aura payé une somme en sus de sa quote-part elle pourra la recouvrer; par conséquent je déclare que la demanderesse a le droit d'être indemnisée et ordonne qu'une fois que la demanderesse aura payé sa quote-part, le défendeur *Gullick* l'indemnise de tout autre paiement ou obligation et que par voie de paiement à elle ou au créancier principal ou autrement, il tienne la demanderesse indemne de toute obligation au-delà de sa quote-part.

Il est donc manifeste que dans cette action la demanderesse demandait un jugement déclaratoire pour l'avenir. Ce qui nous occupe ici, c'est une action «en recouvrement de sommes d'argent» dirigée contre un cofidéjussur en vertu d'un droit existant. *The Limitation of Actions Act* vise [TRADUCTION] «les actions en recouvrement de sommes d'argent». Il se peut bien qu'une action du genre de celle de l'affaire *Wolmershausen* ne soit pas visée par *The Limitation of Actions Act* de la Saskatchewan, du moins pas par le par. 3(1), mais nous n'avons pas, cela va de soi, à nous prononcer sur ce point pour disposer du présent pourvoi. De plus, si le jugement déclaratoire, qui comporte une ordonnance de payer, est, selon ses propres termes,

complete at the time of the commencement of that action or at the time of the entry of the declaratory judgment. The respondent Dunbar found comfort in the course of argument from the statement of Wright J. at p. 529:

A point was made as to the *Statutes of Limitation*. The principal creditor's claim was put in in 1879. But I think that I must hold that, even if the statute can begin to run before the surety has paid more than his proportion, at any rate it does not run until his liability is ascertained, and that did not occur until 1890.

That is, of course, professedly *obiter dictum* in the disposition of the *Wolmershausen* claim and, in any case, it is not directed to the situation arising in the face of the terminology adopted by the Legislature of Saskatchewan in s. 3(1)(f), *supra*. If anything need be added to a discussion on the relevancy of the *Wolmershausen* judgment it would arise from the use of the word "ascertain" by Wright J. in the above quotation. The ascertainment of liability by the appellant here must surely be upon the expiry of rights of appeal from the Court of Appeal judgment in 1967. This did not occur until the dismissal of the appeal in this Court in January 1969, *supra*. Whether the date is January 1969 or the earliest date of payment, June 2, 1970, the action was here commenced (January 17, 1975) within the six-year prescription period. The learned trial judge placed some reliance on the Manitoba decision in *Roddy v. Atkinson*, [1949] 1 W.W.R. 927. This was an action on a judgment and not directly on the point of the principal issue here, namely when does the right of a surety to call for contribution arise. In any event, at p. 930 Dysart J. stated that the obligation to pay was never final until the last right of appeal had expired or been disposed of. In that case, time would begin to run on January 28, 1969 so that the writ would be within the six-year period by eleven days.

exécutoire seulement «une fois que la demanderesse aura payé sa quote-part», il s'ensuit que le droit d'être indemnisé en vertu de ce jugement n'était pas parfait au moment de l'institution de cette action-là ni même au moment du prononcé du jugement déclaratoire. L'intimé Dunbar s'est appuyé au cours de sa plaidoirie sur la déclaration du juge Wright à la p. 529:

[TRADUCTION] On a souligné un aspect des *Statutes of Limitation*. Le créancier principal a fait sa réclamation en 1879. Mais je crois que je dois statuer que, même si la prescription peut commencer à courir avant que la caution ait payé plus que sa part, de toute façon elle ne court pas avant que ses obligations soient déterminées, ce qui ne s'est pas produit avant 1890.

C'est là, de toute évidence, un *obiter dictum* dans le règlement de l'affaire *Wolmershausen* et, de toute façon, il ne vise pas directement la situation issue des termes adoptés par la législature de la Saskatchewan à l'al. 3(1)f) précité. S'il faut ajouter quelque chose à l'étude de la pertinence de l'arrêt *Wolmershausen*, ce serait au sujet de l'emploi du mot [TRADUCTION] «déterminée» par le juge Wright dans la citation ci-dessus. La détermination des obligations de l'appelant en l'espèce doit sûrement se produire à l'expiration des délais d'appel à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel rendu en 1967. Cela ne s'est produit qu'au rejet du pourvoi en cette Cour en janvier 1969, comme susdit. Que la date soit janvier 1969 ou celle du premier paiement, le 2 juin 1970, l'action en l'instance a été intentée (le 17 janvier 1975) dans les limites du délai de prescription de six ans. Le savant juge de première instance a invoqué le jugement rendu au Manitoba dans l'affaire *Roddy v. Atkinson*, [1949] 1 W.W.R. 927. Il s'agissait d'une action sur un jugement et l'affaire ne portait pas directement sur le point principal en cause en l'instance, savoir, quand le droit de la caution de demander une contribution prend-il naissance? De toute façon, le juge Dysart dit, à la p. 930, que l'obligation de payer n'a jamais été définitive tant que le dernier recours en appel n'a pas été épuisé ou jugé. En ce cas, le délai aurait commencé à courir le 28 janvier 1969 de sorte que l'assignation aurait été faite dans les limites du délai de six ans à onze jours près.

Whatever may be the significance of "ascertainment" as it was used by Wright J. it is of relevance only if the co-surety seeks a prospective order which is not the case here where he seeks contribution for moneys paid. The learned author of Rowlatt, *supra*, in dealing with the *Wolmershausen* type of action stated, at p. 198:

It is submitted that the existence of a right in the surety before payment to take equitable proceedings to compel the principal or a co-surety to pay, as the case may be, the whole or the proper proportion of the debt, can have no effect on the time when the statute begins to run against him. The statute would seem to have no direct application to a claim in that form; and if the surety pays and immediately afterwards sues principal or co-surety for money paid, it is hard to see how a defence founded on the statute could be supported by evidence that more than six years before proceedings might have been taken *quia timet* in equity.

The learned author of *Lightwood on Time Limit on Actions* makes the following comment on *Wolmershausen*, at p. 235:

But this prospective right to indemnity is substantially different from the right which accrues upon actual payment by the surety. It is probably correct to say that upon such payment a fresh cause of action accrues to the surety against which the statute then begins to run ...

Gibson J. in *Gardner v. Brooke*, *supra*, stated at p. 20:

In my opinion, though the plaintiff might possibly have maintained a suit, such as in *Wolmershausen's Case* [*supra*], before he paid off the note, for prospective indemnity, he became entitled, on making the actual payment, to a distinct and substantive cause of action for contribution ...

The respondents raised in this Court, for the first time in these proceedings, an issue concerning the amendment of the statement of claim at trial which was held in March 1978. It was said that the appellant had paid an excess of his share on June 2, 1970 and accordingly it is argued that an amendment to the claim in 1978 would be beyond the period permitted under *The Limitation of Actions Act*. No doubt because this matter is

Quel que soit le sens du mot détermination employé par le juge Wright, il n'a de conséquence que si le cofidéjussur demande un jugement pour l'avenir, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, où il demande une contribution pour des sommes déboursées. Voici ce que dit le savant auteur de Rowlatt, précité, à propos du genre d'action de l'affaire *Wolmershausen*, à la p. 198:

[TRADUCTION] On soutient que l'existence d'un droit, en faveur de la caution, de poursuivre en *equity* avant paiement pour forcer le débiteur principal ou un cofidéjussur à payer, selon le cas, la totalité ou sa quote-part de la dette, ne peut avoir d'effet sur le moment à partir duquel la prescription commence à courir contre lui. La prescription ne semble pas s'appliquer directement à une réclamation de ce genre; si la caution paie la somme et, immédiatement après le paiement, poursuit le débiteur principal ou le cofidéjussur en recouvrement, il est difficile de voir comment on pourrait fonder une défense sur la prescription en prouvant que plus de six ans se sont écoulés depuis que des procédures en *equity* auraient pu être prises par mesure de précaution.

Le savant auteur de *Lightwood on Time Limit on Actions* commente ainsi l'affaire *Wolmershausen*, à la p. 235:

[TRADUCTION] Mais ce droit futur d'être indemnisé est fondamentalement différent du droit qui naît du paiement réel fait par la caution. Il est probablement juste de dire qu'au moment du paiement naît une nouvelle cause d'action en faveur de la caution, à l'égard de laquelle la prescription commence alors à courir ...

Dans l'arrêt *Gardner v. Brooke*, précité, le juge Gibson dit à la p. 20:

[TRADUCTION] A mon avis, même si le demandeur avait pu soutenir une action du type de celle de l'affaire *Wolmershausen* [précité], pour indemnisation future, avant de payer le billet promissaire, il a acquis, en faisant ce paiement, une cause d'action distincte et réelle en contribution ...

En cette Cour, et pour la première fois dans ces procédures, les intimés ont contesté la modification de la déclaration faite au procès tenu en mars 1978. On y mentionnait que l'appelant avait payé plus que sa part le 2 juin 1970 et, en conséquence, on soutient que la modification de la déclaration en 1978 est hors du délai accordé par *The Limitation of Actions Act*. Il n'y a pas de doute, puisque la question est soulevée si tardivement dans la

raised so late in the day, the record is inadequate for a full discussion and proper disposition of the argument. Apparently, the amendment occurred on February 22, 1978. The Fiat of the learned trial judge was March 9, 1978. No mention is made in the disposition of the action of the amendment and certainly no reference is made to any opposition by the respondents to the amendment being permitted by the Court. The Court of Appeal gave no reasons for their dismissal of the appeal from the trial judgment. The respondents make no reference in this submission to the Rules of Court in the Court of Queen's Bench. This Court has nothing before it indicating the state of the statement of claim prior to the 1978 amendment and therefore it must be assumed that the prayer for relief remains as initially pleaded and that the date on which this action was commenced was indeed the date of the writ of summons which was within the six-year period when measured from the date of payment by the appellant of an excess of his obligation as a co-surety.

The learned trial judge dealt with the quantum actually in issue as between the appellant-surety and the co-surety-respondents, and as this matter must, in my view, be referred back to the trial court for a determination on the merits, no discussion as to these matters would be appropriate here.

I therefore, for these reasons, would allow the appeal with costs and would refer the proceedings to the trial court for a determination on the merits. The appellant should have his cost here and in the courts below for the proceedings taken to date, but thereafter, of course, costs arising shall be determined in the ordinary way on the outcome of the appellant's action.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Hawrish and Hawrish, Saskatoon.

Solicitors for the respondent Fred L. Dunbar: Hnatyshyn, Sandstrom & Co., Saskatoon

Solicitors for the respondents Raymond N. Resky and Harold J. Russell: Robertson, Muzyka, Bell, Robertson & Nieman, Saskatoon.

cause, que l'état du dossier ne permet pas d'examiner l'argument à fond et d'en disposer de la façon appropriée. La modification a apparemment été faite le 22 février 1978. Le certificat du juge de première instance est daté du 9 mars 1978. Le jugement sur l'action ne fait pas état de la modification et il n'y a nettement aucune mention de l'opposition des intimés à ce que la cour la permette. La Cour d'appel n'a pas donné de motifs de son rejet de l'appel à l'encontre du jugement de première instance. Les intimés n'invoquent pas les règles de la Cour du Banc de la Reine quant à cette allégation. Cette Cour ne dispose de rien qui lui indique l'état de la déclaration avant la modification de 1978 et, en conséquence, elle doit supposer que la formulation des conclusions est identique à celle plaidée à l'origine et que la date du début de l'action est effectivement la date de l'assignation qui se trouve dans les limites du délai de six ans à compter de la date où l'appelant a payé plus que sa part comme cofidélus.

Le savant juge de première instance a déterminé la somme réellement en cause entre l'appelant (la caution) et les intimés (cofidélus). Puisque, à mon avis, il y a lieu de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour décision au fond, il n'est pas approprié de débattre ces questions en cette Cour.

En conséquence, pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de déferer l'affaire au tribunal de première instance pour qu'il statue au fond. L'appelant a droit à ses dépens en cette Cour et devant les tribunaux d'instance inférieure pour les procédures qui se sont déroulées jusqu'à ce jour mais, pour la suite, les dépens seront adjugés de la façon habituelle selon l'issue de l'action de l'appelant.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Hawrish et Hawrish, Saskatoon.

Procureurs de l'intimé Fred L. Dunbar: Hnatyshyn, Sandstrom & Co., Saskatoon.

Procureurs des intimés Raymond N. Resky et Harold J. Russell: Robertson Muzyka, Bell, Robertson & Nieman, Saskatoon.