

Heinsz D. Zimmermann (*Defendant*)
Appellant;

and

Ben Letkeman (*Plaintiff*) *Respondent*.

1977: May 17; 1977: September 30.

Present: Martland, Judson, Spence, Dickson and
Beetz JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Contracts — Action to enforce contract of sale and purchase of land — Documents intended to be used for unlawful purpose — Action dismissed on ground contract illegal — Doctrine of locus poenitentiae not applicable.

The respondent wished to purchase the appellant's apartment block and on December 4, 1973, the parties signed two documents. The first was an offer to purchase and an acceptance of the offer. The price stipulated was \$135,000. The second document, also signed by both parties read as follows: "Agreement between Ben Letkeman and H. Zimmermann. This agreement between the above partners is to certify that Mr. Letkeman is purchasing the above property for a price of \$117,500.00. This agreement makes the signed offer to purchase null and void pertaining to purchase price."

The reason for the two documents showing different prices was that the respondent intended to rely on the first document in order to obtain a larger loan from a mortgage company. On December 15, 1973, the appellant inquired of the respondent if he had sought a mortgage loan from the mortgage company on the basis of a purchase price of \$135,000. The respondent confirmed that he had. The appellant informed the respondent that he considered this to be a fraud on the company and that he was not going to proceed with the transaction. He returned the respondent's deposit cheque and refused to have anything further to do with the transaction.

It appeared that there was in fact no misrepresentation of the actual agreement to the mortgage company, as it was aware of the actual price of \$117,500 from the time the transaction was first proposed to it, and it considered that a fair market value for the premises was about \$135,000.

The respondent sued the appellant for specific performance of the agreement for sale. The trial judge dismissed the action on the ground that the contract sought to be enforced was illegal. His judgment was

Heinsz D. Zimmermann (*Défendeur*)
Appelant;

et

Ben Letkeman (*Demandeur*) *Intimé*.

1977: 17 mai; 1977: 30 septembre.

Présents: Les juges Martland, Judson, Spence, Dickson et Beetz.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

Contrats — Action en exécution d'un contrat de vente et d'achat d'un terrain — Documents devant être utilisés dans un but illégal — Action rejetée au motif que le contrat était illégal — La doctrine du locus poenitentiae ne s'applique pas.

L'intimé désirait acheter l'immeuble résidentiel de l'appelant et le 4 décembre 1973, les parties ont signé deux documents. Le premier était une offre d'achat et une acceptation de l'offre qui indiquait un prix de vente de \$135,000. Le deuxième document, signé par les deux parties, se lit ainsi: «Entente entre Ben Letkeman et H. Zimmermann. La présente entente intervenue entre les associés précités atteste que Letkeman se porte acquéreur de l'immeuble susmentionné pour le prix de \$117,500. Cette entente rend nulle et de nul effet la partie de l'offre d'achat déjà signé qui fixe le prix d'achat.»

Les deux documents n'indiquaient pas le même prix parce que l'intimé avait l'intention de se servir du premier document pour obtenir une hypothèque plus élevée auprès d'une société de prêts hypothécaires. Le 15 décembre 1973, l'appelant a demandé à l'intimé s'il avait fait une demande de prêt hypothécaire à la société de prêts hypothécaires en utilisant le chiffre de \$135,000. L'intimé a répondu qu'il l'avait fait. L'appelant lui a alors dit qu'il considérait ceci comme une fraude au détriment de la compagnie et qu'il ne voulait pas donner suite à la transaction. Il retourna à l'intimé son chèque de dépôt et refusa par la suite d'entendre parler de cette opération.

Il appert que la société de prêts hypothécaires n'a pas été induite en erreur quant à la véritable teneur de l'entente puisque l'intimé lui avait révélé dès le début, lors de la demande de prêt, que le prix réel était de \$117,500 et que la société considérait que la juste valeur marchande de l'immeuble était d'environ \$135,000.

L'intimé a poursuivi l'appelant afin d'obtenir l'exécution du contrat de vente. Le juge de première instance a rejeté l'action au motif que le contrat dont on cherchait à obtenir l'exécution était illégal. Sa décision a été

reversed on appeal by the majority of the Court of Appeal on the grounds that 1) the case was within the principles enunciated by Anglin J., as he then was, in *Elford v. Elford* (1922), 64 S.C.R. 125; 2) as the respondent had abandoned his intention of relying upon the first document in order to obtain a larger loan, the law would allow him a *locus poenitentiae*.

Held: The appeal should be allowed.

The grounds relied upon by the majority of the Court of Appeal were insufficient to justify their allowing the appeal from the judgment at trial. In the present case, in order to succeed in his suit for specific performance, the respondent had to rely upon an illegal contract. In the *Elford* case, an action between a husband and wife, the wife sued to have title to certain land which her husband had initially transferred to her re-transferred to her. She was seeking to set aside a conveyance of her land by her husband founded on an improper purported exercise of his power of attorney. *Prima facie* she was entitled to have her husband declared a trustee for her. He could not displace that right by alleging that her title was acquired in pursuance of his unlawful design to defeat his creditors. She did not have to rely upon an illegal contract.

The rule as to *locus poenitentiae* is applicable to enable a party to an illegal contract, which is still executory, to recover what he has paid or transferred to his co-contractor, pursuant to the contract, provided he repents in time before the illegal purpose has been substantially performed. The only payment made by the respondent to the appellant was the deposit of \$1,000, which the appellant returned to the respondent. The respondent in these proceedings was not seeking from the appellant the return of anything. He was seeking to enforce a contract of sale and purchase, tainted with illegality, on the basis that the intended deception of the mortgage company was not carried through. The doctrine of *locus poenitentiae* had no application in favour of the respondent in the circumstances of this case. In fact, it was the appellant who repented of the transaction, returned the respondent's deposit and refused to proceed with the transaction.

Alexander v. Rayson, [1936] 1 K.B. 169; *Mason v. Clarke*, [1955] A.C. 778, approved; *Elford v. Elford* (1922), 64 S.C.R. 125, distinguished; *Taylor v. Bowers* (1876), 1 Q.B.D. 291, referred to.

infirmée en appel par la majorité de la Cour d'appel au motif que 1) les principes énoncés par le juge Anglin (tel était alors son titre) dans *Elford c. Elford* (1922), 64 R.C.S. 125 s'appliquent en l'espèce; 2) et que, puisque l'intimé avait abandonné l'intention d'utiliser le premier document pour obtenir un prêt plus élevé, la justice lui accorderait un *locus poenitentiae*.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Les moyens invoqués par la majorité de la Cour d'appel ne suffirent pas pour accueillir l'appel du jugement rendu en première instance. En l'espèce, pour obtenir gain de cause dans son action en exécution intégrale, l'intimé doit se fonder sur un contrat illégal. Dans l'arrêt *Elford*, une action entre deux époux, l'épouse intenta des poursuites afin qu'un terrain que le mari avait à l'origine enregistré au nom de son épouse soit de nouveau enregistré à ce nom. Elle cherchait à obtenir l'annulation d'un acte de transfert du terrain effectué par son conjoint qui avait outrepassé les pouvoirs que lui accordait une procuration. À première vue, l'épouse avait le droit de faire déclarer que son conjoint était fiduciaire pour elle. L'époux ne pouvait écarter ce droit en alléguant qu'elle avait acquis son titre de propriété pour favoriser son dessein frauduleux de frustrer ses créanciers. Elle n'avait pas à se fonder sur un contrat illégal.

La règle relative au *locus poenitentiae* permet à une partie à un contrat illégal, qui est toujours exécutoire, de récupérer ce qu'elle a payé ou remis à l'autre partie conformément au contrat, pourvu qu'elle se repente à temps, avant que le but illégal n'ait été dans une large mesure exécuté. L'intimé n'a versé à l'appellant que \$1,000, à titre de dépôt, montant que l'appellant lui a remis. Dans les présentes procédures, l'intimé ne demande pas que l'appellant lui remette quoi que ce soit. Il requiert l'exécution d'un contrat de vente entaché d'illégalité, en alléguant que la fraude projetée à l'égard de la société de prêts hypothécaires ne s'est pas concrétisée. Les circonstances en l'espèce ne permettent pas d'appliquer, en faveur de l'intimé, la doctrine du *locus poenitentiae*. En fait, c'est l'appellant qui s'est repenti, qui a retourné à l'intimé son dépôt et qui a refusé de mener à bien l'opération.

Arrêts approuvés: *Alexander v. Rayson*, [1936] 1 K.B. 169; *Mason c. Clarke*, [1955] A.C. 778; distinction faite avec l'arrêt: *Elford c. Elford* (1922), 64 R.C.S. 125; arrêt mentionné: *Taylor v. Bowers* (1876), 1 Q.B.D. 291.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan¹, allowing an appeal from a judgment of MacPherson J., dismissing the respondent's action for specific performance of a contract of sale. Appeal allowed.

G. A. Maurice and G. T. Wilson, for the defendant, appellant.

Mrs. B. McIsaac, for the plaintiff, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The respondent in this action sued the appellant for specific performance of an agreement for the sale by the appellant to the respondent of an apartment block in Swift Current, Saskatchewan. The substantial defence to the action was that the agreement was illegal. The trial judge dismissed the action on this ground. His reasons are reported in [1975] 4 W.W.R. 216. His judgment was reversed on appeal by the majority of the Court of Appeal, Bayda J.A., dissenting. The reasons of the Court of Appeal are reported in [1977] 1 W.W.R. 408. The present appeal is from that judgment.

On December 4, 1973, the parties signed two documents, entered at the trial as exhibits P1 and P2. The first was an offer to purchase the land on a form provided by Keith Realty Ltd., by which company the respondent was employed as a salesman, which was signed by the respondent. The appellant signed the acceptance of the offer. The price stipulated was \$135,000.

The second document, also signed by both parties, read as follows:

Agreement between Ben Letkeman and H. Zimmermann. This agreement between the above partners is to certify that Mr. Letkeman is purchasing the above property for a price of \$117,500.00. This agreement makes the signed offer to purchase null and void pertaining to purchase price.

The trial judge made the following findings of fact:

There is no doubt why the Plaintiff wanted the offer and acceptance to show \$135,000.00. The reason was that the plaintiff proposed to apply to Credit Foncier for a first mortgage and he knew that Credit Foncier makes its loans on the basis of 80% of the purchase price which

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan¹ qui a accueilli un appel d'une décision du juge MacPherson qui a rejeté l'action en exécution intégrale d'un contrat de vente intentée par l'intimé. Pourvoi accueilli.

G. A. Maurice et G. T. Wilson, pour le défendeur, appellant.

M^{me} B. McIsaac, pour le demandeur, intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—L'intimé aux présentes a intenté des poursuites contre l'appellant en exécution intégrale du contrat de vente par lequel ce dernier lui vendait un immeuble résidentiel situé à Swift Current (Saskatchewan). Le principal moyen de défense invoqué est l'illégalité du contrat. Le juge de première instance a rejeté l'action pour ce motif. Son jugement est publié à [1975] 4 W.W.R. 216. La majorité de la Cour d'appel a infirmé ce jugement, le juge Bayda étant dissident. Les motifs de la Cour d'appel sont publiés à [1977] 1 W.W.R. 408. Le présent pourvoi attaque cet arrêt.

Le 4 décembre 1973, les parties ont signé deux documents déposés au procès comme pièces P1 et P2. Le premier est une offre d'achat du terrain, rédigée sur une formule fournie par Keith Realty Ltd. qui employait l'intimé comme vendeur; cette offre portait la signature de l'intimé. L'appellant a accepté l'offre qui indiquait un prix de vente de \$135,000.

Le deuxième document, signé par les deux parties, se lit ainsi:

[TRADUCTION] Entente entre Ben Letkeman et H. Zimmermann. La présente entente intervenue entre les associés précités atteste que Letkeman se porte acquéreur de l'immeuble susmentionné pour le prix de \$117,500. Cette entente rend nulle et de nul effet la partie de l'offre d'achat déjà signée qui fixe le prix d'achat.

Le juge de première instance a tiré les conclusions de fait suivantes:

[TRADUCTION] La raison pour laquelle le demandeur voulait que l'offre et l'acceptation indiquent \$135,000 est claire; il avait l'intention de demander au Crédit Foncier un prêt en première hypothèque et il savait que le Crédit Foncier ne prêtait que 80 p. 100 du prix

¹ [1977] 1 W.W.R. 408.

¹ [1977] 1 W.W.R. 408.

is, according to Mr. Mebs of Credit Foncier, generally the fair market value. Therefore, on the basis of a selling price of \$135,000.00, the plaintiff could expect to get a larger mortgage than he could on a selling price of \$117,500.00.

There is no evidence of any further communication between the parties until a telephone conversation on the 15th December 1973, eleven days later. The defendant telephoned to the plaintiff. The defendant asked the plaintiff if he had made application for a mortgage on the basis of the \$135,000.00 figure. The plaintiff answered that he had so applied and that the loan was passed and approved by the mortgage company. The defendant then said that he didn't feel that he wanted to go through with the transaction, that he had discussed the matter with his lawyer who had advised him that the existence of the two documents showing different prices created for the purpose of getting a larger mortgage could constitute fraud upon the mortgage company and the defendant said that he did not want to end up in a court case. The Defendant returned to the Plaintiff the deposit of \$1,000.00, a cheque which the Defendant had not negotiated, and thereafter the defendant refused to have anything more to do with the transaction.

It appears that there was no misrepresentation of the actual agreement to Credit Foncier. Although the application for loan showed a purchase price of \$135,000.00, Mr. Mebs testified that he was aware of the actual price of \$117,500.00 from the moment the transaction was first proposed to him. He saw both P1 and P2. Mr. Mebs further testified that he was of opinion that a fair market value for the premises was about \$135,000.00.

Up to 15 December 1973, the date of his renunciation, the defendant had no reason to believe other than the plaintiff was proceeding to apply for a mortgage on the basis of the false purchase price in P1. I will go farther and say that there is nothing in the evidence to indicate that the plaintiff knew that there was in fact no misrepresentation to Credit Foncier until after this action was commenced.

The action was dismissed on the ground that the contract sought to be enforced was illegal. The trial judge relied upon the judgment of the Court of Appeal in *Alexander v. Rayson*². The facts of that case were as follows:

² [1936] 1 K.B. 169.

d'achat, soit généralement, selon M. Mebs du Crédit Foncier, la juste valeur marchande. Donc, en indiquant un prix de vente de \$135,000, le demandeur pouvait espérer obtenir une hypothèque plus élevée que si le prix de vente était fixé à \$117,500.

Il n'y a pas de preuve que les parties aient de nouveau communiqué entre elles avant leur conversation téléphonique du 15 décembre 1973, soit 11 jours plus tard. Le défendeur a téléphoné au demandeur pour lui demander s'il avait fait une demande d'hypothèque en utilisant le chiffre de \$135,000. Le demandeur a répondu qu'il l'avait faite et que le prêt avait été approuvé par la société de prêts hypothécaires. Le défendeur lui a alors dit qu'il ne voulait pas donner suite à l'opération car, après discussion avec son avocat, ce dernier lui avait dit que l'existence de deux documents portant deux prix différents, afin d'obtenir une hypothèque plus élevée, pouvait constituer une fraude vis-à-vis de la société de prêts hypothécaires; le défendeur ajouta qu'il ne voulait pas se retrouver devant les tribunaux. Il retourna au demandeur le dépôt de \$1,000, un chèque qu'il n'avait pas négocié, et refusa par la suite d'entendre parler de cette opération.

Il appert que le Crédit Foncier n'a pas été induit en erreur quant à la véritable teneur de l'entente. La demande de prêt indiquait un prix d'achat de \$135,000, mais M. Mebs a témoigné qu'on lui avait révélé dès le début, lors de la demande de prêt, que le prix réel était de \$117,500. Il a vu les pièces P1 et P2. M. Mebs a également témoigné qu'à son avis, la juste valeur marchande de l'immeuble était d'environ \$135,000.

Jusqu'au 15 décembre 1973, date de sa renonciation, le défendeur n'avait aucune raison de penser que le demandeur ne présenterait pas sa demande de prêt hypothécaire en utilisant le prix d'achat fictif inscrit sur la pièce P1. J'irai plus loin et dirai que rien dans la preuve n'indique que le demandeur savait que le Crédit Foncier n'avait pas, en fait, été induit en erreur, et ce, jusqu'à l'introduction de la présente action.

L'action a été rejetée au motif que le contrat dont on cherchait à obtenir l'exécution était illégal. Le juge de première instance s'est appuyé sur le jugement de la Cour d'appel dans *Alexander v. Rayson*². Les faits de cette affaire sont les suivants:

² [1936] 1 K.B. 169.

The plaintiff agreed to let a service flat to the defendant at an annual rent of £1,200. This transaction was expressed in two documents, one a lease of the premises at a rent of £450 a year, the other an agreement by the plaintiff to render certain specified services for an annual sum of £750. It was alleged that his object was to produce only the lease to the Westminster Assessment Committee, and by persuading this body that the premises were worth only £450 a year, to obtain a reduction of their rateable value. The defendant was ignorant of this alleged purpose. The plaintiff ultimately failed to accomplish his fraudulent object. He sued the defendant for the recovery of £300, being a quarter's instalment due under both documents.

The Court of Appeal held that, if the documents were to be used for this fraudulent purpose, the plaintiff was not entitled to the assistance of the law in enforcing either the lease or the agreement.

Romer L.J., who wrote the reasons of the Court, said at p. 182:

It is settled law that an agreement to do an act that is illegal or immoral or contrary to public policy, or to do any act for a consideration that is illegal, immoral or contrary to public policy, is unlawful and therefore void. But it often happens that an agreement which in itself is not unlawful is made with the intention of one or both parties to make use of the subject matter for an unlawful purpose, that is to say a purpose that is illegal, immoral or contrary to public policy. The most common instance of this is an agreement for the sale or letting of an object, where the agreement is unobjectionable on the face of it, but where the intention of both or one of the parties is that the object shall be used by the purchaser or hirer for an unlawful purpose. In such a case any party to the agreement who had the unlawful intention is precluded from suing upon it. *Ex turpi causa non oritur actio*. The action does not lie because the Court will not lend its help to such a plaintiff. Many instances of this are to be found in the books.

At p. 187, he added this:

... But, if the plaintiff has by his conduct placed himself in the same position in law as though he had let the flat with the intention of its being used for an illegal purpose, he has no one but himself to thank for any loss that he may suffer in consequence.

That brings us to the real crux of this case. Has the plaintiff placed himself in that position? Now, in the cases to which we have referred, there was an intention

[TRANSLATION] Le demandeur avait accepté de louer au défendeur un appartement avec services domestiques, au loyer annuel de £1,200. Deux documents constatent cette opération; l'un prévoit la location des lieux moyennant un loyer annuel de £450, l'autre prévoit que le demandeur assurerait des services précis moyennant la somme annuelle de £750. On a prétendu qu'il voulait soumettre au Westminster Assessment Committee le contrat de location seulement pour le persuader que cet appartement ne lui rapportait que £450 par année et obtenir ainsi une réduction de l'assiette fiscale. Le défendeur n'était pas au courant des intentions du demandeur. Celui-ci n'est pas parvenu à ses fins et a poursuivi le défendeur en recouvrement de £300, soit le quart du montant dû en vertu des deux documents.

La Cour d'appel a statué que, si les documents devaient être utilisés dans ce but frauduleux, le demandeur n'avait pas droit au secours de la loi pour faire exécuter le bail ou l'entente.

Le lord juge Romer, qui a rédigé les motifs de la Cour, dit, à la p. 182:

[TRANSLATION] Il est bien établi en droit qu'une entente prévoyant l'accomplissement d'un acte illégal, immoral ou contraire à l'ordre public ou l'accomplissement d'un acte moyennant une contrepartie illégale, immorale ou contraire à l'ordre public, est contraire à la loi et donc nulle. Mais il arrive fréquemment qu'une ou les deux parties à une entente, licite en soi, ait l'intention de l'utiliser à des fins contraires à la loi, c'est-à-dire, à des fins illégales, immorales ou contraires à l'ordre public. L'exemple le plus courant est une entente portant sur la vente ou la location d'un bien, sur laquelle il n'y a en apparence rien à redire, mais où l'une des parties (ou les deux) a l'intention que ce bien soit utilisé par l'acheteur ou le locataire à une fin contraire à la loi. Dans pareil cas, la partie à l'entente qui entretenait une intention contraire à la loi ne peut invoquer l'entente pour intenter des poursuites. *Ex turpi causa non oritur actio*. L'action n'est pas recevable parce que la Cour n'accordera pas son aide à ce demandeur, comme l'indiquent de nombreux exemples en jurisprudence.

Et il ajoute, à la p. 187:

[TRANSLATION] ... Mais si par sa conduite, le demandeur s'est placé, en droit, dans la même situation que s'il avait loué l'appartement avec l'intention de l'utiliser à une fin illégale, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même s'il subit une perte par la suite.

Ceci nous amène au cœur même du problème en l'espèce. Le demandeur s'est-il placé lui-même dans cette situation? Dans la jurisprudence que nous avons

to use the subject-matter of the agreement for an unlawful purpose. In the present case, on the other hand, the plaintiff's intention was merely to make use of the lease and agreement, that is the documents themselves, for an unlawful purpose. Does that make any difference? In our opinion it does not. It seems to us, and it is here that we respectfully disagree with du Parc J. that the principles applicable to the two cases are identical.

This view was confirmed by Viscount Simonds in *Mason v. Clarke*³, at p. 793:

... In *Alexander v. Rayson*, [1936] 1 K.B. 169, it was treated as settled law—and it could not be otherwise—that a plaintiff having intention to use the subject-matter of an agreement for an unlawful purpose cannot sue upon it, and the only relevant question was whether a plaintiff having a similar intention in regard to the documents evidencing an agreement is similarly debarred. And it was held, I do not doubt correctly, that he was. But it was not suggested there that an innocent party is debarred by the other party's fraudulent intention from enforcing an agreement which is not itself illegal.

The judgment at trial in the present case concluded as follows:

On the basis of the present facts, there is no doubt in my mind that on 4 December 1973 the plaintiff intended to use the false purchase price shown in exhibit P1 for the purpose of getting a larger mortgage than he would otherwise have been able to justify. This in my view brings the facts squarely within *Alexander v. Rayson*. The fact that there was, eventually, no fraud does not change the result. The maxim *ex turpi causa non oritur actio* applies. An action cannot be based on an immoral transaction. See also *Campbell River Lumber Company v. McKinnon*, (1922) 64 S.C.R. 396. The plaintiff's action is dismissed with costs. There will be an order removing the plaintiff's caveat from the land in question.

The majority of the Court of Appeal held that the appeal of the respondent should be allowed on two grounds. The first ground was that the case was within the principles enunciated by Anglin J., as he then was, in *Elford v. Elford*⁴.

³ [1955] A.C. 778.

⁴ (1922), 64 S.C.R. 125.

citée, les intéressés avaient l'intention d'utiliser l'objet de l'entente à une fin contraire à la loi. En l'espèce, le demandeur avait simplement l'intention d'utiliser le bail et l'entente, soit les documents eux-mêmes, à une fin contraire à la loi. Cela revient-il au même? A notre avis, oui. Il nous semble que les principes applicables dans ces deux cas sont identiques, et, avec égards, c'est sur ce point que notre opinion diffère de celle du juge du Parc.

Ce point de vue a été confirmé par le vicomte Simonds dans *Mason c. Clarke*³, à la p. 793:

[TRADUCTION] ... Dans *Alexander c. Rayson*, [1936] 1 K.B. 169, on a considéré bien établi en droit—et il ne pouvait en être autrement—qu'un demandeur qui a l'intention d'utiliser l'objet d'une entente à une fin contraire à la loi ne peut l'invoquer pour intenter des poursuites. La seule question pertinente est donc celle de savoir si un demandeur qui nourrit une intention semblable à l'égard des documents attestant l'entente est également privé de tout recours. On a décidé, indubitablement à bon droit, qu'il l'est. Mais on n'a pas laissé entendre que la partie de bonne foi est privée, à cause de l'intention frauduleuse de l'autre, de son droit d'exiger l'exécution d'une entente qui n'est pas en elle-même illégale.

En l'espèce, le jugement de première instance se termine ainsi:

[TRADUCTION] Les faits en l'espèce me convainquent que le 4 décembre 1973, le demandeur avait l'intention d'utiliser le prix d'achat fictif inscrit à la pièce P1 afin d'obtenir une hypothèque plus élevée que celle qu'il aurait autrement pu obtenir. A mon avis, cela rend nettement l'arrêt *Alexander c. Rayson* applicable. Le fait qu'il n'y ait eu finalement aucune fraude ne change rien au résultat. L'adage *ex turpi causa non oritur actio* s'applique. Une action ne peut être fondée sur une opération immorale. Voir également *Campbell River Lumber Company c. McKinnon*, (1922) 64 R.C.S. 396. L'action du demandeur est rejetée avec dépens. Une ordonnance prévoyant le retrait du caveat du demandeur sur le terrain en cause sera délivrée.

La majorité de la Cour d'appel a jugé que l'appel de l'intimé devait être accueilli pour deux motifs. Le premier est que les principes énoncés par le juge Anglin (tel était alors son titre) dans *Elford c. Elford*⁴, s'appliquent en l'espèce.

³ [1955] A.C. 778.

⁴ (1922), 64 R.C.S. 125.

In that case a husband had put land into his wife's name, with her knowledge, for the purpose of defeating his creditors. He held a general power of attorney from her. A quarrel having occurred between them, the husband registered the power of attorney and proceeded to transfer title to the land into his own name. The wife sued to have the title re-transferred into her name.

It was held that the wife was entitled to have the transfer set aside. The wide general authority conferred by the power of attorney did not embrace the power to execute a conveyance in favour of the agent himself. *Prima facie*, the wife was entitled to have the husband declared a trustee for her. The husband could not display that right by alleging that her title was acquired in pursuance of his unlawful design to defeat his creditors.

The passage from the judgment of Anglin J., relied upon by the majority of the Court of Appeal, appears at p. 129, as follows:

In order to succeed the plaintiff merely requires to establish that in executing the transfer to himself of the property in question, which stood registered in her name, her husband committed a fraud on the power of attorney from her under which he professed to act. She does not have to disclose the alleged intent to defraud her husband's creditors in which her own title to the land is said to have originated, or to invoke any of the transactions tainted by that fraud. *Simpson v. Bloss* (1816) 7 Taunt, 246; *Taylor v. Chester* (1869) L.R. 4 Q.B. 309, at p. 314; *Clark v. Hagar* (1893) 22 Can. S.C.R. 510, at p. 525; 20 Ont. App. R. 198, at pp. 221-2. It is the defendant who brings that aspect of the matter before the court in his effort to retain the fruits of his abuse of his position as his wife's attorney; and to him the maxim applies *memo allegans turpitudinem suam est audiendus*. *Montefiori v. Montefiori* (1762) 1 W. Bl. 363.

After citing this passage, the Court of Appeal went on to say:

In order to succeed here the plaintiff was merely required to establish that the documents executed by the parties constituted the contract between the parties. In order to do so he needed only to produce such documents and prove the execution thereof by himself and the defendant. In the present case this presented no difficulty as the defendant admitted in his statement of defence the execution of the documents and did not

Dans cette affaire, un époux avait enregistré un terrain au nom de sa femme, et ce, à la connaissance de cette dernière, afin de frustrer ses créanciers. Elle lui avait remis une procuration générale. Une querelle survint et l'épouxregistra la procuration et fit transférer le terrain à son nom. L'épouse intenta des poursuites afin que le terrain soit de nouveau enregistré à son nom.

On a jugé que l'épouse était en droit d'obtenir l'annulation du transfert de propriété. Le pouvoir étendu conféré par une procuration ne comprend pas celui de signer un acte de transfert en faveur du mandataire lui-même. A première vue, l'épouse avait le droit de faire déclarer que son conjoint était fiduciaire pour elle. L'époux ne pouvait écarter ce droit en alléguant qu'elle avait acquis son titre de propriété pour favoriser son dessein frauduleux de frustrer ses créanciers.

L'extrait du jugement du juge Anglin, sur lequel s'est appuyée la majorité de la Cour d'appel, est tiré de la p. 129:

[TRADUCTION] Pour avoir gain de cause, la demanderesse doit simplement établir que son époux, en transférant à son propre nom le titre de propriété qui était enregistré au sien, a usé frauduleusement de la procuration qu'elle lui avait remise et en vertu de laquelle il prétendait agir. Elle n'a pas à dévoiler la prétendue intention de léser les créanciers de son mari, intention qui serait à l'origine de son titre, ni à invoquer d'opérations entachées par cette fraude. *Simpson v. Bloss* (1816) 7 Taunt, 246; *Taylor v. Chester* (1869) L.R. 4 Q.B. 309, à la p. 314; *Clark c. Hagar* (1893) 22 Can. R.C.S. 510, à la p. 525; 20 Ont. App. R. 198, aux pp. 221 et 222. C'est le défendeur qui soulève cet aspect de la question devant la Cour, en essayant de conserver ce qu'il a acquis en abusant de la procuration accordée par son épouse: c'est à lui que s'applique la maxime *memo allegans turpitudinem suam est audiendus*. *Montefiori v. Montefiori* (1762) 1 W. Bl. 363.

Après avoir cité cet extrait, la Cour d'appel a poursuivi en disant:

[TRADUCTION] Pour avoir gain de cause en l'espèce, le demandeur doit simplement établir que les documents signés par les parties constituent le contrat intervenu entre elles. Pour ce faire, il doit seulement produire ces documents et prouver que le défendeur et lui les ont signés. Ceci ne présente en l'espèce aucune difficulté puisque le défendeur admet dans sa défense avoir signé les documents et ne laisse pas entendre qu'il ne s'agit pas

suggest that they did not constitute the contract between the parties. It is apparent that the defendant alone invoked the suggestion of illegality in order to avoid his obligation under the contract.

With respect, this statement fails to take account of the fact that in the present case it is the respondent purchaser who is seeking to enforce the contract which is tainted with illegality. His position is akin to the position, not of the wife, but of the husband in the *Elford* case.

The fact that the documents on their face did not disclose the respondent's unlawful purpose, which was disclosed by the evidence, does not improve his position. He is still in the position of seeking to enforce an illegal contract. This point is well made by Gwynne J. in the case of *Clark v. Hagar, supra*, mentioned by Anglin J. At p. 525 Gwynne J. said this:

What is meant in this case, and in all cases as to the application of the test is, that in every case, whether in *indebitatus assumpsit* or in an action upon a bond, note or other instrument, it appears either by admission on the pleadings, or in the evidence given upon the issues joined upon the pleadings in the case, that the action is connected with an illegal transaction to which the plaintiff was a party, the question arises whether he can or cannot succeed in his action without relying upon the illegal transaction. If he cannot, the action fails; if he can, it prevails. But it never has been held, nor so far as I have been able to find hitherto contended, that in an action upon a note or other instrument in security for money requiring *prima facie* no evidence of consideration the plaintiff is entitled to recover upon the mere production of the instrument, notwithstanding that the defence is that the instrument sued upon was executed for an illegal consideration in respect of a transaction to which the defendant was himself a party. Such a proposition could not be maintained without reversing a legion of cases from *Guichard v. Roberts*, 1 Wm. Black, 445, down to *Windhill Board of Health v. Vint*, 45 Ch. D. 351, which establish that illegality in the consideration of an instrument, whether under seal or not, to enforce which an action is brought, not only may be pleaded, but if it does not appear upon the plaintiff's own pleading must be pleaded.

In the present case, in order to succeed in his suit for specific performance, the respondent had to rely upon the illegal contract. The wife, in the *Elford* case, had acquired title to the land. She

du contrat intervenu entre les parties. Il est évident que seul le défendeur invoque l'illégalité pour ne pas exécuter l'obligation prévue au contrat.

Avec égards, cette déclaration ne tient pas compte du fait qu'en l'espèce, c'est l'acheteur intimé qui cherche à obtenir l'exécution du contrat qui est entaché d'illégalité. Sa situation ne se rapproche pas de celle de l'épouse mais de celle du mari dans l'affaire *Elford*.

Le fait que le texte des documents ne révèle pas le dessein illégal de l'intimé que la preuve a établi par la suite, n'améliore pas sa situation. Il cherche toujours à obtenir l'exécution d'un contrat illégal. Le juge Gwynne a bien fait ressortir ce point dans *Clark c. Hagar* (précité) dont a fait mention le juge Anglin. Le juge Gwynne a dit, à la p. 525:

[TRADUCTION] Ce que cet arrêt veut dire, comme tous ceux relatifs à l'application de ce critère, c'est que chaque fois il faut déterminer si le demandeur peut avoir gain de cause sans invoquer l'opération illégale lorsque, vu les faits admis lors des plaidoiries ou vu la preuve présentée quand la contestation est liée, il existe un lien entre l'action et une opération illégale à laquelle il a pris part, que ce soit dans une action *indebitatus assumpsit* ou dans une action sur cautionnement, billet ou autre document. S'il ne peut pas, l'action échoue; s'il peut, il l'emporte. Mais on n'a jamais décidé, et je n'ai relevé aucune allégation en ce sens, que, dans une action sur billet ou autre garantie de paiement d'une somme d'argent, où *prima facie* aucune preuve de contrepartie n'est exigée, le demandeur peut avoir gain de cause sur simple production du document, nonobstant la défense que le document a été signé pour une contrepartie illégale à l'égard de l'opération à laquelle le défendeur lui-même était partie. Une telle proposition ne peut être maintenue sans renverser une multitude d'arrêts allant de *Guichard v. Roberts*, 1 Wm. Black. 445, à *Windhill Board of Health v. Vint*, 45 Ch. D. 351, qui ont établi que l'illégalité de la contrepartie d'un acte, scellé ou non, en vertu duquel une action est intentée, peut non seulement être plaidée mais doit l'être même si elle n'est pas invoquée dans la plaidoirie du demandeur.

En l'espèce, pour obtenir gain de cause dans son action en exécution intégrale, l'intimé doit se fonder sur un contrat illégal. L'épouse, dans *Elford*, était devenue propriétaire du terrain. Elle

was seeking to set aside a conveyance of her land by her husband founded on an improper purported exercise of his power of attorney. She did not have to rely upon an illegal contract.

The second ground stated by the majority of the Court of Appeal was that as the respondent had abandoned his intention of relying upon the first document in order to obtain a larger loan, the law would allow him a *locus poenitentiae*. Reliance was placed on the statement of Mellish L.J., in *Taylor v. Bowers*⁵, at p. 300:

... If money is paid or goods delivered for an illegal purpose, the person who had so paid the money or delivered goods may recover them back before the illegal purpose is carried out; but if he waits till the illegal purpose is carried out, or if he seeks to enforce the illegal transaction, in neither case can he maintain an action; the law will not allow that to be done.

As this passage indicates, the rule as to *locus poenitentiae* is applicable to enable a party to an illegal contract, which is still executory, to recover what he has paid or transferred to his co-contractor, pursuant to the contract, provided he repents in time before the illegal purpose has been substantially performed. The only payment made by the respondent to the appellant was the deposit of \$1,000, which the appellant returned to the respondent. The respondent in these proceedings is not seeking from the appellant the return of anything. He is seeking to enforce a contract of sale and purchase, tainted with illegality, on the basis that the intended deception of Credit Foncier was not carried through. In my opinion the doctrine of *locus poenitentiae* has no application in favour of the respondent in the circumstances of this case. In fact it was the appellant who repented of the transaction, returned the respondent's deposit and refused to proceed with the transaction.

In my opinion the grounds relied upon by the majority of the Court of Appeal were insufficient to justify their allowing the appeal from the judgment at trial. I agree with the dissenting reasons of Bayda J.A., that the trial judge correctly applied the principle stated in *Alexander v. Rayson* in the circumstances of this case.

cherchait à obtenir l'annulation d'un acte de transfert de son terrain effectué par son conjoint qui avait outrepassé les pouvoirs que lui accordait une procuration. Elle ne se fondait pas sur un contrat illégal.

En second lieu, la majorité de la Cour d'appel a jugé que, puisque l'intimé avait abandonné l'intention d'utiliser le premier document pour obtenir un prêt plus élevé, la justice lui accorderait un *locus poenitentiae*. Elle s'appuie sur la déclaration du lord juge Mellish, dans *Taylor v. Bowers*⁵, à la p. 300:

[TRADUCTION] ... Si de l'argent est versé ou des marchandises sont livrées dans un but illégal, la personne qui a versé l'argent ou livré les marchandises peut les récupérer avant que le but illégal ne se réalise; mais si elle attend qu'il se réalise ou si elle cherche à faire exécuter cette opération illégale, son action ne pourra être maintenue; la justice ne peut le permettre.

Comme cet extrait l'indique, la règle relative au *locus poenitentiae* permet à une partie à un contrat illégal, qui est toujours exécutoire, de récupérer ce qu'elle a payé ou remis à l'autre partie conformément au contrat, pourvu qu'elle se repente à temps, avant que le but illégal n'ait été dans une large mesure exécuté. L'intimé n'a versé à l'appelant que \$1,000, à titre de dépôt, montant que l'appelant lui a remis. Dans les présentes procédures, l'intimé ne demande pas que l'appelant lui remette quoi que ce soit. Il requiert l'exécution d'un contrat de vente entaché d'illégalité, en alléguant que la fraude projetée à l'égard du Crédit Foncier ne s'est pas concrétisée. A mon avis, les circonstances en l'espèce ne permettent pas d'appliquer, en faveur de l'intimé, la doctrine du *locus poenitentiae*. En fait, c'est l'appelant qui s'est repenti, qui a retourné à l'intimé son dépôt et qui a refusé de mener à bien l'opération.

A mon avis, les moyens invoqués par la majorité de la Cour d'appel ne suffisent pas pour accueillir l'appel du jugement rendu en première instance. Je suis d'accord avec les motifs de dissidence du juge Bayda selon qui le juge de première instance avait correctement appliqué le principe établi dans *Alexander v. Rayson* aux circonstances de l'espèce.

⁵ (1876), 1 Q.B.D. 291.

⁵ (1876), 1 Q.B.D. 291.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and restore the judgment at trial, with costs in this Court and in the Court of Appeal.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the defendant, appellant: Wilson, MacBean, Maurice & McIntosh, Swift Current.

Solicitors for the plaintiff, respondent: Donnelly, Polley, Krueger, McLaughlin & Wiensz, Swift Current.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de première instance, avec dépens, tant en Cour d'appel que devant cette Cour.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs du défendeur, appellant: Wilson, MacBean, Maurice & McIntosh, Swift Current.

Procureurs du demandeur, intimé: Donnelly, Polley, Krueger, McLaughlin & Wiensz, Swift Current.