

Rose Marie Ibottson (*Defendant*) *Appellant*;

and

David Edward Kushner (*Plaintiff*)
Respondent.

1977: October 26; 1978: March 7.

Present: Martland, Richie, Spence, Pigeon, Dickson,
Beetz and Pratte JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Real property — Title — Trust — Conveyance
"Cestui Que Trust" — Intention of the parties —
Action for reconveyance of lands — Practice — Plead-
ing — Rejection of defence raised for first time on
appeal.*

The parties met in 1971 and lived together in rented premises until November 1973. Respondent was married but was separated from his wife; appellant was divorced; and they were making plans to marry. By a deed to uses respondent's mother conveyed land to respondent. The consideration was expressed as \$1,000 but in fact no consideration passed nor was intended to pass. In furtherance of the marriage plans respondent agreed to purchase the materials to erect a prefabricated house on the land. A cash payment of \$300 was made, of which appellant contributed over \$100. To secure the balance of the purchase price of the house (\$16,500) respondent executed a mortgage which appellant guaranteed. After receiving a judgment summons in respect of maintenance payments, respondent executed a deed, which was subsequently registered, to the appellant "In Trust" for the consideration of \$2 and natural love and affection. The Land Transfer Tax Act Affidavit described the relationship between the grantor and the grantee as *Cestui Que Trust* but with no description of the objects of the trust. Later, appellant told respondent that she no longer had any feeling for him and thereafter left him. Respondent sought a declaration that appellant held the land in trust for him and a reconveyance of the lands. The trial judge concluded that the common intention of the parties had been a conveyance to appellant to be held in trust pending their marriage and that *only* upon the happening of that event were the parties each to have a one-half interest in the lands. Before the Court of Appeal appellant unsuccessfully raised a defence which had not been pleaded and which had not been argued at trial, that the conveyance had been made to avoid possible claims on the property and that respondent was

Rose Marie Ibottson (*Défenderesse*)
Appelante;

et

David Edward Kushner (*Demandeur*) *Intimé*.

1977: 26 octobre; 1978: 7 mars.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Spence, Pigeon,
Dickson, Beetz et Pratte.

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

*Immeubles — Titre — Fiducie — Transfert «Cestui
Que Trust» — Intention des parties — Action visant la
rétrocession d'un terrain — Pratique — Plaidoyer —
Rejet de la défense soulevée pour la première fois en
appel.*

Les parties ont fait connaissance en 1971 et ont cohabité dans un logement loué jusqu'en novembre 1973. L'intimé était marié mais séparé de son épouse; l'appelante était divorcée; ils faisaient des projets de mariage. Par un acte, la mère de l'intimé lui a transféré la propriété d'un terrain. L'acte mentionnait une contrepartie de \$1,000 qui n'a pas été versée, car les parties n'avaient aucune intention qu'il y en ait une. Poursuivant leurs projets de mariage, l'intimé convint d'acheter les matériaux nécessaires pour ériger sur le terrain une maison préfabriquée. Sur le paiement comptant de \$300, l'appelante a contribué un peu plus de \$100. En garantie du prix d'achat de la maison (\$16,500) l'intimé a hypothéqué le terrain et l'appelante a garanti le remboursement de l'hypothèque. Après avoir été sommé de comparaître concernant certains paiements de pension alimentaire, l'intimé a fait rédiger un acte, qui a été enregistré par la suite, par lequel il transférait à l'appelante le terrain «en fiducie» pour une contrepartie de \$2 et l'amour et l'affection naturels. L'affidavit signé conformément à *The Land Transfer Tax Act* décrit la relation entre le constituant et le bénéficiaire comme étant celle de bénéficiaire de fiducie (*Cestui Que Trust*), mais l'acte ne fait pas état de l'objet de la fiducie. Par la suite, l'appelante dit à l'intimé qu'elle n'avait plus aucun sentiment pour lui et elle le quitta. L'intimé a actionné l'appelante pour faire déclarer qu'elle détenait le terrain en fiducie pour son compte et demander une ordonnance visant à ce que le terrain lui soit retransféré. Le juge de première instance a conclu que la commune intention des parties avait été un transfert à l'appelante qui devait détenir en fiducie jusqu'à la date de leur mariage et que, *seulement* à la survenance de cet événement, chaque

therefore entitled to seek the court's assistance in the matter of a reconveyance.

Held: The appeal should be dismissed.

The conclusion of the trial judge as to the intention of the parties was supported by the evidence. The Court of Appeal correctly held that the rejection of the defence raised by the appellant disclosed no error and that the additional defence could not be raised at that late stage in the proceedings. The conveyance was not illegal on its face and its illegality would depend on proof of the surrounding circumstances. Respondent had no notice of the need to lead evidence on such an issue. Further if the conveyance were illegal appellant might not be able to claim title under it.

North Western Salt Company Limited v. Electrolytic Alkali Company Limited, [1914] A.C. 461 followed.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing an appeal from a judgment of Honey Co. Ct.J. at trial in an action for a reconveyance of lands. Appeal dismissed.

Ronald G. Chapman, for the appellant.

L. T. Forbes, Q.C., and *J. D. Whiteside*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal for Ontario which upheld a declaration of the trial judge that the appellant holds Lot 3, Plan 2 for the Township of Hillier, in the County of Prince Edward, hereinafter referred to as “the land”, in trust for the respondent and an order vesting that land in the respondent as owner.

The parties met in 1971 and lived together in premises, rented by the appellant, in Trenton, Ontario, from the summer of that year until November 1973. The respondent was married, but was separated from his wife. The appellant was

partie devait avoir la moitié de la propriété véritable du terrain. Devant la Cour d'appel, l'appelante a, sans succès, soulevé comme moyen, ni plaidé ni débattu en première instance, que le transfert avait été consenti pour éviter toute réclamation possible sur la propriété et qu'elle pouvait donc demander l'aide de la cour pour récupérer ses biens.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

La preuve justifie la conclusion du juge de première instance sur la commune intention des parties. La Cour d'appel a correctement jugé qu'en rejetant les moyens invoqués par l'appelante, le juge de première instance n'avait commis aucune erreur et que la nouvelle défense ne pouvait être soulevée à un stade aussi tardif des procédures. Le transfert n'est pas illicite en soi et son illégalité dépendait de la preuve de toutes les circonstances qui l'entourent. L'intimé n'a pas été informé de la nécessité d'établir une preuve sur cette question. En outre, si le transfert avait été illicite, il n'est pas certain que l'appelante aurait pu l'invoquer pour revendiquer la propriété du terrain.

Arrêt suivi: *North Western Salt Company Limited v. Electrolytic Alkali Company Limited*, [1914] A.C. 461.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rejetant un appel de la décision du juge Honey de la Cour de comté dans une action visant la rétrocession d'un terrain. Pourvoi rejeté.

Ronald G. Chapman, pour l'appelante.

L. T. Forbes, c.r., et *J. D. Whiteside*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été prononcé par

LE JUGE MARTLAND—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a confirmé une déclaration du juge de première instance selon laquelle l'appelante détient en fiducie pour l'intimé le lot 3, plan 2 du canton de Hillier, comté de Prince Edward, ci-après appelé «le terrain», ainsi qu'une ordonnance attribuant à l'intimé la propriété du terrain.

Les parties ont fait connaissance en 1971 et ont cohabité depuis l'été de cette année-là jusqu'en novembre 1973 dans un logement loué par l'appelante à Trenton (Ontario). L'intimé était marié mais séparé de son épouse. L'appelante était divor-

divorced. The appellant and the respondent were making plans to marry.

By a deed to uses dated July 30, 1973, and registered August 3, 1973, the respondent's mother conveyed the land to the respondent. The consideration was expressed in the deed to be \$1,000 but in fact no consideration passed, nor was there any intention that any consideration should pass.

In furtherance of their plans to marry, the respondent agreed to purchase from Muttart Builders' Supplies Limited, hereinafter referred to as "Muttart", the materials to erect a prefabricated house upon the land. A cash payment of \$300 was made of which the appellant contributed something over \$100. A mortgage of the land dated August 28, 1973, and registered September 18, 1973, was executed by the respondent in favour of Muttart in the amount of \$16,500 to secure the purchase price of the prefabricated house. The appellant guaranteed payment of the mortgage.

In the same month, the respondent received a judgment summons from Family Court issued on behalf of his wife requiring him to show cause why he had not made certain maintenance payments. He instructed his solicitor to prepare a deed conveying the land to the appellant "in trust". This deed was subsequently executed at the solicitor's office.

The deed of the land, dated September 20, 1973, and registered September 28, 1973, from the respondent to the appellant "In Trust", is expressed to be for the consideration of \$2 and natural love and affection. The relationship between the grantor and the grantee is expressed in the affidavit under *The Land Transfer Tax Act* to be *Cestui Que Trust*. Paragraph 6 of the affidavit, after the words, "other remarks and explanations, if necessary", is followed by the words, *Cestui Que Use*. There is no description of the objects of the trust in the instrument.

The respondent stated at trial that he instructed his solicitor to place the title to the property in the appellant's name, in trust, in order to protect it from claims of his wife, and to hold it for him "until things were settled". He said he instructed his solicitor to draw the papers so he could get it

cée. L'appelante et l'intimé faisaient des projets de mariage.

Par un acte daté du 30 juillet 1973 et enregistré le 3 août 1973, la mère de l'intimé lui a transféré la propriété du terrain. L'acte mentionnait une contrepartie de \$1,000, qui en fait ne fut pas versée car les parties n'avaient aucune intention qu'il y en ait une.

Toujours en vue du mariage, l'intimé convint d'acheter à Muttart Builders' Supplies Limited, ci-après appelée «Muttart», les matériaux nécessaires à la construction d'une maison préfabriquée sur le terrain. Sur les \$300 payés comptant, l'appelante a contribué un peu plus de \$100. Par acte en date du 28 août 1973, enregistré le 18 septembre 1973, l'intimé a hypothéqué le terrain en faveur de Muttart, pour le montant de \$16,500, en garantie du prix d'achat de la maison préfabriquée. L'appelante a garanti le remboursement de l'hypothèque.

Dans le courant du même mois, l'intimé fut sommé de comparaître devant le Tribunal de la famille, à la requête de son épouse, pour expliquer pourquoi il avait négligé de payer un certain nombre de versements de pension alimentaire. Il demanda à son avocat de rédiger un acte transférant le terrain «en fiducie» à l'appelante. Cet acte a été signé par la suite au cabinet de l'avocat.

L'acte, daté du 20 septembre 1973 et enregistré le 28 septembre 1973, par lequel l'intimé transférait le terrain «en fiducie» à l'appelante, mentionne une contrepartie de \$2 et l'amour et l'affection naturels. L'affidavit signé conformément à *The Land Transfer Tax Act* décrit la relation entre le constituant et le bénéficiaire comme celle de bénéficiaire de fiducie (*Cestui Que Trust*). Le paragraphe 6 de l'affidavit, après l'expression [TRADUCTION] «autres remarques et explications, s'il y a lieu», est suivi des termes, *Cestui Que Use*. L'acte ne décrit pas l'objet de la fiducie.

En première instance, l'intimé a déclaré qu'il avait demandé à son avocat de mettre le titre de propriété au nom de l'appelant, en fiducie, pour se protéger des réclamations de son épouse et pour que l'appelante le détienne pour lui [TRADUCTION] «jusqu'à ce que les choses s'arrangent». Il a

back later if things did not "work out" with the appellant, and if they were married the property could be put in both their names.

In November, 1973, the appellant entered hospital and remained there for some three months. During this time, the respondent left the appellant's Trenton home. He erected the prefabricated house on the land and moved in.

When the appellant left the hospital she went to Kingston and later moved into the newly erected house with her two children in about April, 1974. After one week she told the respondent that she no longer had any feeling for him and that she would make other living arrangements. She left the house in May or early June, 1974, some four to six weeks after she had arrived.

Following her departure the respondent, in October, 1974, brought action against the appellant seeking a declaration that the appellant held the land in trust for him and an order that the lands be re-conveyed to him. In her defence, the appellant alleged that she had, with the respondent, signed a promissory note for \$5,000 for which amount she was liable. She stated that she had signed the mortgage to Muttart. In the alternative she pleaded that the real property was a gift to her from the respondent.

The only evidence given with respect to the promissory note was that of the respondent who said that a joint note for \$4,300 had been given to the Bank of Nova Scotia to provide funds for the payment of the appellant's debts and to pay for the respondent's car. He said that the note had been replaced in March, 1974, by another note on which only he was liable. This evidence was not contradicted by the appellant.

At trial the appellant did not contend that there had been an outright gift of the land to her. She claimed that she was entitled to a one-half interest and, in support of this, contended that she had furnished consideration by providing financial support to the respondent while he lived with her in Trenton, by contributing three to four weeks work

dit avoir demandé à son avocat de rédiger les documents de manière à pouvoir récupérer plus tard sa propriété si les choses [TRADUCTION] «ne marchaient pas» avec l'appelante ou, s'ils se mariaient, de manière à pouvoir mettre la propriété à leurs deux noms.

L'appelante est entrée à l'hôpital en novembre 1973 et y est demeurée trois mois environ. Pendant ce temps, l'intimé a quitté la maison de l'appelante à Trenton. Il a assemblé la maison préfabriquée sur le terrain et s'y est installé.

A sa sortie d'hôpital, l'appelante alla à Kingston et, vers avril 1974, déménagea avec ses deux enfants dans la nouvelle maison. Une semaine plus tard, elle déclara à l'intimé qu'elle n'avait plus aucun sentiment pour lui et qu'elle allait s'installer ailleurs. Elle quitta la maison en mai ou au début juin 1974, quatre à six semaines après son arrivée.

Après le départ de l'appelante, l'intimé a intenté une action contre elle, en octobre 1974, pour faire déclarer qu'elle détenait le terrain en fiducie pour lui et obtenir une ordonnance visant à ce que le terrain lui soit retransféré. Dans sa défense, l'appelante a prétendu que l'intimé et elle étaient cosignataires d'un billet à ordre de \$5,000 dont elle avait assumé les obligations. Elle a déclaré avoir signé l'hypothèque en faveur de Muttart. Subsidièrement, elle a plaidé que la propriété immobilière était une donation que lui avait faite l'intimé.

Seul l'intimé a témoigné au sujet du billet à ordre et déclaré qu'un billet conjoint de \$4,300 avait été donné à la Banque de Nouvelle-Écosse pour obtenir des fonds destinés à régler les dettes de l'appelante et à payer l'automobile de l'intimé. Il a dit que le billet avait été remplacé en mars 1974 par un autre billet dont il avait seul assumé les obligations. L'appelante n'a pas contesté ce témoignage.

Au procès, l'appelante n'a pas prétendu que l'intimé lui avait fait une donation inconditionnelle du terrain. Elle a allégué avoir droit à une moitié, faisant valoir à l'appui de son allégation la contrepartie qu'elle avait fournie en aidant financièrement l'intimé quant il vivait avec elle à Trenton, en travaillant pendant trois ou quatre semaines sur le

on the land in cutting down trees and clearing rubbish from the site, by contributing to the down payment of \$300 to Muttart something over \$100 and by signing the mortgage to Muttart as guarantor.

The arrangement at Trenton was that the appellant paid the monthly rent of \$50 and paid the hydro and telephone accounts and her own bills. The respondent provided some of the groceries and said that he had been away a good deal during the period of his stay in Trenton. Most of the time the respondent lived in Trenton preceded the conveyance to him by his mother of the land, and his stay with the appellant during that time is not related to the acquisition of that land or of the Muttart prefabricated house.

The trial judge found that the appellant's account of her work on the land was exaggerated. He did find that she worked for half a day installing insulation in the house during construction.

The payments on the Muttart mortgage were made by the respondent. No claim had been made on the appellant by virtue of her guarantee.

The trial judge found that the terms of the deed to the appellant "In Trust" did not support her claim to entitlement to the one-half interest which she claimed. He reached a conclusion as to what the common intention of the parties had been in the following passage in his reasons:

In this case, however, the land was conveyed to the Defendant in trust, and on the evidence, I find that the Plaintiff's beneficial interest was conveyed to the Defendant as Trustee to be held by her pending their marriage, and upon the happening of that event the parties would each have a one-half beneficial interest in the land.

The marriage did not happen, and it is clear from the evidence that it will not happen. In these circumstances the title to the property reverts to the Plaintiff, and he therefore holds the legal and beneficial title to the property. There is a resulting trust in favour of the settlor who is, in this case, the Plaintiff.

This conclusion is supported by the evidence of the respondent and that of the solicitor who prepared the conveyance from the respondent to the

terrain, à émonder des arbres et à nettoyer le terrain, en contribuant un peu plus de \$100 aux \$300 d'acompte payés à Muttart et en signant l'hypothèque en faveur de Muttart, à titre de caution.

A Trenton, il avait été convenu que l'appelante paierait le loyer mensuel de \$50, les factures d'eau, d'électricité et de téléphone ainsi que ses dépenses personnelles. L'intimé payait une partie de la nourriture et a déclaré que, pendant cette période, il s'était souvent absenté de Trenton. L'intimé a reçu le terrain de sa mère vers la fin de son séjour à Trenton et le fait qu'il demeurait avec l'appelante à cette époque est sans rapport avec l'acquisition du terrain ou de la maison préfabriquée.

Le juge de première instance a jugé que l'appelante avait exagéré sa part de travail sur le terrain. Il a effectivement conclu qu'au cours de la construction, elle avait travaillé à l'isolation de la maison pendant une demi-journée.

C'est l'intimé qui a réglé à Muttart les paiements hypothécaires. Rien n'a été réclamé à l'appelante du fait de sa caution.

Le juge de première instance a conclu que les termes de l'acte attribuant à l'appelante le terrain «en fiducie» n'appuyaient pas sa revendication d'une part de moitié. Il a expliqué ce qu'était, selon lui, la commune intention des parties, dans le passage suivant de ses motifs:

[TRADUCTION] En l'espèce, le terrain a été transféré en fiducie à la défenderesse. Vu la preuve, je conclus que la propriété du demandeur a été transférée à la défenderesse qui devait la détenir en fiducie jusqu'à leur mariage. Une fois mariées, les parties devaient devenir propriétaires à part égale du terrain.

Ce mariage n'a pas eu lieu et la preuve indique clairement qu'il n'aura jamais lieu. Dans ces circonstances, le droit de propriété revient au demandeur avec ses attributs, soit le titre et la propriété véritable des biens. Il existe une fiducie par déduction en faveur du constituant, soit en l'espèce, le demandeur.

Le témoignage de l'intimé et celui de l'avocat qui a préparé l'acte de transfert de l'intimé à l'appelante étayaient cette conclusion. La Cour d'ap-

appellant. The Court of Appeal held that the rejection by the trial judge of the defences raised by the appellant disclosed no error.

In this case the trial judge on consideration of all of the evidence favourable to the appellant's claim has concluded that the intention of the parties was that she would acquire a beneficial one-half interest in the land only in the event of her marriage to the respondent. In my opinion the evidence justifies this conclusion.

Before the Court of Appeal the appellant raised a defence which had not been pleaded and which had not been argued at the trial. It was contended that, as the conveyance to the appellant had been made as a means of avoiding possible claims on the property by his wife, he had disentitled himself from seeking the court's assistance in the recovery of the property. The Court of Appeal, relying on the judgment of the House of Lords in *North Western Salt Company Limited v. Electrolytic Alkali Company Limited*¹, decided that this defence could not be raised at that late stage in the proceedings. I agree with that decision. The conveyance by the respondent to the appellant is not illegal upon its face and its illegality would depend upon proof of all the surrounding circumstances. The respondent had no notice of the necessity to lead evidence upon this issue. Furthermore, if the conveyance were illegal, the appellant might not be in a position to claim title under it.

In the result, I would dismiss this appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Ronald G. Chapman, Toronto.

Solicitors for the respondent: Byers & Williams, Picton.

¹ [1914] A.C. 461.

pel a jugé qu'en rejetant les moyens invoqués par l'appelante, le juge de première instance n'avait commis aucune erreur.

En l'espèce, après avoir considéré toute la preuve favorable à la revendication de l'appelante, le juge de première instance a conclu que l'intention des parties était qu'elle n'obtiendrait une moitié de la propriété véritable du terrain que dans le seul cas de son mariage avec l'intimé. A mon avis, la preuve justifie cette conclusion.

Devant la Cour d'appel, l'appelante a soulevé un moyen qui n'avait été ni plaidé ni débattu en première instance. Elle a prétendu que l'intimé avait consenti le transfert en sa faveur pour éviter toute réclamation de son épouse sur la propriété et qu'il avait donc, de son propre chef, perdu toute qualité pour demander l'aide des tribunaux pour récupérer ses biens. La Cour d'appel, se fondant sur l'arrêt de la Chambre des lords, *North Western Salt Company Limited v. Electrolytic Alkali Company Limited*¹, a décidé qu'on ne pouvait pas soulever cette défense à un stade aussi tardif. Je souscris à cette décision. Le transfert par l'intimé en faveur de l'appelante n'est pas illicite en soi et son illégalité dépendrait de la preuve de toutes les circonstances qui l'entourent. L'intimé n'a pas été informé de la nécessité de préparer sa preuve sur cette question. En outre, si le transfert était illicite, il n'est pas certain que l'appelante pourrait l'invoquer pour revendiquer la propriété du terrain.

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante: Ronald G. Chapman, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Byers & Williams, Picton.

¹ [1914] A.C. 461.