
Kathleen Ryan *Appellant and Respondent by Cross-Appeal;*

and

Margaret Smith *Respondent and Appellant by Cross-Appeal;*

and

Kathleen Ryan and Duncan A. McIlraith, Executors and Trustees of the last Will and Testament of Sylvester Francis Ryan (Commonly known as Frank Ryan) *Respondents;*

and

Terrence Kielty *Respondent;*

and

Maureen Ryan and Gary Ryan, Infants under the age of twenty-one years represented by the Official Guardian *Respondents and Appellants by Cross-Appeal.*

1971: May 11; 1971: October 5.

Present: Martland, Judson, Ritchie, Spence and Pigeon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Wills—Construction—Clauses of will giving rise to difficulties—Application for advice and direction—Interpretation of will.

Kathleen Ryan *Appelante et intimée à l'appel incident;*

et

Margaret Smith *Intimée et appelante à l'appel incident;*

et

Kathleen Ryan et Duncan A. McIlraith, Exécuteurs testamentaires et fiduciaires en vertu du testament de Sylvester Francis Ryan (connu sous le nom de Frank Ryan) *Intimés;*

et

Terrence Kielty *Intimé;*

et

Maureen Ryan et Gary Ryan, enfants âgés de moins de vingt et un ans représentés par le Tuteur public *Intimés et appellants à l'appel incident.*

1971: le 11 mai; 1971: le 5 octobre.

Présents: Les Juges Martland, Judson, Ritchie, Spence et Pigeon.

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

Testaments—Interprétation—Clause du testament présentant des difficultés—Demande de directives aux tribunaux—Interprétation du testament.

The testator was the founder and operator of a radio station, which at the date of the will and the date of his death was owned by CFRA Broadcasting Ltd. Five thousand one hundred voting preference shares and 4,900 common shares of this company were issued and outstanding. The 5,100 voting preference shares represented the control and they were owned by K Co., a personal corporation completely owned by the testator. The 4,900 common shares were owned by employees of the station subject to agreements existing at the date of the will and at the date of death which provided for the compulsory sale by each employee of his shares to the others upon death, retirement or dismissal, and gave to the others the right to purchase the shares of any shareholder whose employment ceased by voluntary termination.

Certain clauses of the testator's will gave rise to difficulties and an application was made for the opinion, advice and direction of the Court. The judgment of the judge of first instance was varied by the Court of Appeal, from whose judgment the widow appealed to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

The first question was whether the bequest of "any stocks and bonds registered in my name personally" in favour of the widow carried with it the shares of K Co.? If the words had stood alone, they would have carried the shares of K Co. but they did not stand alone. They were followed by a clause which gave the widow 15 per cent of the assets of K Co., excluding the preference shares of CFRA. They were also followed by a disposition in certain events of the assets of K Co. on the death of the widow. These subsequent dispositions were totally inconsistent with any bequest of the shares of this company in favour of the widow in the opening words of the will.

The second question was whether the disposition in favour of the widow of 15 per cent of the assets of K Co. was effective? The testator was in the position during his lifetime to wind up the company and to give effect to an *inter vivos* disposition of the assets. His executors were in the same position.

The third question was whether TK became entitled to a vested remainder interest in the preferred shares of CFRA under para. 4(a) on the death of the testator, or was his interest contingent upon his survival of the widow and being an employee of CFRA at that time? The interest was contingent,

Le testateur avait fondé et exploité une station radiophonique qui appartenait, à la date du testament et du décès du testateur, à CFRA Broadcasting Ltd. Cinq mille cent actions privilégiées comportant droit de vote et 4,900 actions ordinaires de cette compagnie étaient émises et en circulation. Les 5,100 actions privilégiées comportant droit de vote donnaient le contrôle de la compagnie et appartenaient à K Co., une compagnie personnelle possédée en propriété exclusive par le testateur. Les 4,900 actions ordinaires appartenaient à des employés de la station, sous réserve d'ententes en vigueur à la date du testament et du décès du testateur, lesquelles ententes prévoyaient la vente obligatoire aux autres employés des actions que détenait un employé à son décès, sa retraite ou son renvoi, et accordaient aux autres le droit d'acheter les actions de tout actionnaire qui quittait son emploi de lui-même.

Certaines clauses du testament ont présenté des difficultés et on a demandé des directives aux tribunaux. Le jugement du juge de première instance a été modifié par la Cour d'appel. La veuve du testateur a appelé à cette Cour.

Arrêt: L'appel doit être accueilli.

La première question qui se pose est celle de savoir si le legs de «toutes actions et obligations immatriculées à mon nom personnel» en faveur de la veuve comprend les actions de K Co. Pris isolément, ces mots engloberaient les actions de K Co., mais il faut les considérer dans un contexte. Ils sont suivis d'une clause qui accorde à la veuve 15 pour cent de l'actif de K Co., à l'exclusion des actions privilégiées de CFRA. Ils sont également suivis d'une disposition, dans des circonstances déterminées, de l'actif de K Co. au décès de la veuve. Ces dispositions subséquentes sont absolument incompatibles avec tout legs des actions de cette compagnie à la veuve, au début du testament.

La seconde question est celle de savoir si la disposition de 15 pour cent de l'actif de K Co. en faveur de la veuve est valable. De son vivant, le testateur était en mesure de liquider la compagnie et de procéder à une disposition *entre vifs* de son actif. Ses exécuteurs testamentaires sont dans la même situation.

La troisième question est celle de savoir si, en vertu du par. 4(a), TK est devenu titulaire d'un droit acquis de substitution immédiate quant aux actions privilégiées de CFRA, au décès du testateur, ou si son droit est subordonné à la condition qu'il survive à la veuve et qu'il soit à l'emploi de CFRA

being subject to the double condition of survivorship of the widow and being an employee of CFRA at the time of the death of the widow. To qualify, TK had to satisfy these conditions at the date of the death of the widow. This was not a case where the postponement of transfer was for the sole purpose of letting in the widow's life interest but for reasons personal to the legatee, namely, that he take part in the operation of the station during the widow's lifetime and that at the time of her death, he be living and an employee of the company.

The next question was what effect should be given to the remainder of para. 4(a) dealing with the creation of a power of appointment in favour of the testator's wife and what would happen on a failure to appoint? The power of appointment only arose if TK was "not living and not employed as aforesaid" at the date of the testator's death. TK was so living and employed at that time. The contingency or condition went to the very existence of the power so that the power did not come into existence until the contingency occurred or the condition was satisfied. Since the power of appointment never came into existence, there could be no failure to appoint and the gift over following such failure was therefore ineffective.

As to para. 4(b), a direction to transfer the remaining assets of K Co. among the employees living at the date of death of the wife *pro rata* in proportion to the number of shares owned by them at the death of the wife, these conditions could not be satisfied. This gift did not vest on the death of the testator. It was required that they be shareholders at the date of the wife's death and they had sold their shares. The wife had purchased all the outstanding common shares after the testator's death. There was an intestacy as to the remaining assets of K Co. under para. 4(b).

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹, allowing an appeal from a judgment of Osler J., interpreting a will. Appeal allowed.

W. B. Williston, Q.C., and *W. A. Kelly*, for the appellant, Kathleen Ryan.

W. T. Green, for the respondent, Margaret Smith.

¹ [1970] 2 O.R. 643, 11 D.L.R. (3d) 629, *sub nom. Re Ryan*.

à ce moment-là. Le droit est conditionnel, étant assujetti à la double condition que l'intéressé survive à la veuve et soit à l'emploi de CFRA au décès de la veuve. Pour s'en prévaloir, TK doit en remplir les conditions à la date du décès de la veuve. Dans ce cas-ci la cession n'est pas différée uniquement pour permettre à la veuve de bénéficier de son droit viager, mais pour des motifs qui touchent personnellement le légataire, soit qu'il prenne part à l'exploitation de la station du vivant de la veuve et qu'au décès de celle-ci, il doive être vivant et à l'emploi de la compagnie.

La question qui se pose maintenant porte sur l'effet du reste de la clause 4(a) en ce qui a trait à la création d'un pouvoir de désignation en faveur de l'épouse du testateur et sur les conséquences du défaut de désignation. Le pouvoir de désignation ne se présente que si TK ne «vit pas et n'est pas employé comme susdit» au décès du testateur. TK était de fait vivant et employé à ce moment-là. L'éventualité ou la condition spécifiée concerne l'existence même du pouvoir, de sorte que celui-ci n'existe pas avant que l'événement ne se produise ou que la condition ne soit réalisée. Puisque le pouvoir de désignation n'a jamais existé, il ne peut y avoir eu défaut de désignation et le legs subordonné à ce défaut est caduc.

Quant au par. 4(b), soit la directive de répartir le reste de l'actif de K Co. entre les employés vivants au décès de l'épouse, au *pro rata* et en proportion du nombre d'actions qu'ils détiendront au décès de l'épouse, les conditions qu'elle renferme ne peuvent pas se réaliser. Le legs n'a pas été transmis au décès du testateur. Les employés devaient être actionnaires à la date du décès de l'épouse, et ils ont vendu leurs actions. Après la mort du testateur, l'épouse a acquis toutes les actions ordinaires en circulation. Il y a donc eu succession *ab intestat* quant au reste de l'actif de K Co., mentionné à la clause 4(b).

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario¹, accueillant un appel d'un jugement du Juge Osler, relativement à l'interprétation d'un testament. Appel accueilli.

W. B. Williston, c.r., et *W. A. Kelly*, pour l'appelante, Kathleen Ryan.

W. T. Green, pour l'intimée, Margaret Smith.

¹ [1970] 2 O.R. 643, 11 D.L.R. (3d) 629, *sub nom. Re Ryan*.

W. F. Prachter and H. G. Mylks, for the Executors and Trustees.

T. Sheard, Q.C., and *R. D. Sweet, Q.C.*, for the respondent, Terrence Kielty.

L. W. Perry, Q.C., for the Official Guardian.

The judgment of the Court was delivered by

JUDSON J.—This is an appeal by Kathleen Ryan, the widow of Sylvester Francis Ryan, from a judgment of the Court of Appeal of Ontario interpreting a will dated December 8, 1960. The testator died on March 2, 1965, leaving as his next-of-kin his widow, a sister, and children of brothers and sisters who had predeceased him. He named his widow and his solicitor as his executors and trustees.

The clauses of the will which give rise to the difficulties are the following:

"I GIVE AND BEQUEATH any stocks and bonds registered in my name personally and any bearer stocks and bonds which I may have and my current bank account to my said wife, Kathleen Ryan, for her own absolute use. ALL THE REST AND RESIDUE of my estate, both real and personal, of whatsoever kind and character and wheresoever situate I GIVE, DEVISE AND BEQUEATH to my Trustees upon the following trusts:—

(1) To pay out of the capital of my general estate devised and bequeathed to my Trustees as aforesaid as an ordinary debt thereof, all my just debts, funeral and testamentary expenses and all Succession Duty, Estate, Death and Inheritance taxes . . .

(2) To pay and transfer to my wife, KATH-

(fifteen)

LEEN RYAN, for her own absolute use ~~ten~~ per
15% (assets)
centum (10%) of the shares of the capital stock
of Kilreen Company Limited (originally CFRA
Limited) owned by me at the time of my death
(excluding the preference shares of
(CFRA Broadcasting Limited.)

(3) To pay the annual net income from all the remainder of my estate to my wife, KATH-
LEEN RYAN, during the remainder of her

W. F. Prachter et H. G. Mylks, pour les exécuteurs testamentaires et les fiduciaires.

T. Sheard, c.r., et *R. D. Sweet, c.r.*, pour l'intimé, Terrence Kielty.

L. W. Perry, c.r., pour le Tuteur public.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE JUDSON—Le présent appel est interjeté par Kathleen Ryan, veuve de Sylvester Francis Ryan, à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario interprétant un testament du 8 décembre 1960. Le testateur est décédé le 2 mars 1965 laissant comme parents les plus proches sa veuve, une sœur et les enfants de ses frères et sœurs prédécédés. Il a désigné sa veuve et son avocat comme exécuteurs testamentaires et fiduciaires.

Voici les clauses du testament qui présentent des difficultés:

[TRADUCTION] JE DONNE ET LÈGUE toutes actions et obligations immatriculées à mon nom personnel de même que toutes actions et obligations au porteur que je puis posséder et mon compte courant en banque, à ma dite épouse, Kathleen Ryan, en pleine propriété. LE RESTE ET RÉSIDU de ma succession, mobilière et immobilière, de toute nature et description, où qu'il se trouve, JE LE DONNE ET LÈGUE à mes fiduciaires, pour les fins suivantes:

(1) Payer sur le capital de l'ensemble de ma succession ci-dessus léguée à mes fiduciaires, comme dette ordinaire de celle-ci, toutes mes justes dettes, frais funéraires et testamentaires, et tous droits de succession et taxes sur les biens transmis par décès . . .

(2) Payer et transférer à mon épouse, KATH-

(quinze)

LEEN RYAN, en propriété absolue, ~~dix~~ pour
15% de (l'actif)
cent (10%) des actions du capital actions de
Kilreen Company Limited (ci-devant CFRA
Limited) que je posséderai à mon décès
(à l'exclusion des actions privilégiées de
(CFRA Broadcasting Limited.)

(3) Payer le revenu annuel net de tout le reste de ma succession à mon épouse, KATHLEEN RYAN, à titre viager, mes fiduciaires ayant

natural life with full power and authority to my Trustees in their discretion to encroach upon the capital of the said remainder of my estate for my wife's better support, maintenance and benefit and for the purpose of enabling her to maintain and live up to the standard of life to which she was accustomed to live during my lifetime.

(4) On the death of my wife, Kathleen Ryan—

(a) To transfer or effect the transfer to and an employee of CFRA Broadcasting Limited

TERRENCE KIELTY, if living, / ninety per centum (90%) of the / shares of CFRA

Broadcasting

/ Limited owned by Kilreen Company Limited (the remaining 10% hereinbefore having been directed to be transferred to my wife, Kathleen Ryan) which lastly mentioned company is owned and controlled by me, for

and not employed as aforesaid his own absolute use, and, if not living / at the time of my death, to such person or persons as my said wife may by deed or will appoint and failing appointment pro rata among the owners of the common stock of CFRA Broadcasting Limited in proportion to the number of shares of the said CFRA Broadcasting Limited owned by them at the death of my wife as aforesaid.

divide

(b) To / transfer or effect the transfer of the remaining assets of Kilreen Company Limited equally among the employees of CFRA Broadcasting Limited living at the date of death of my wife pro rata in proportion to the number of shares of the said CFRA Broadcasting Limited owned by them at the death of my wife as aforesaid...."

The difficulties arise in connection with the bequest of "any stocks and bonds registered in my name personally" mentioned in the opening paragraph; the bequest to the widow of 15 per cent of the assets of Kilreen Company Limited; and the disposition of the shares of CFRA Broadcasting Limited and the remaining assets of Kilreen Company Limited made in paragraphs 4(a) and 4(b) above quoted.

The testator was the founder and operator of CFRA, an important radio broadcasting station

toute autorisation et toute capacité d'entamer, à leur discrétion, le capital dudit reste de ma succession en vue d'assurer au mieux la subsistance, l'entretien et les intérêts de mon épouse, de façon à lui permettre de maintenir et réaliser le niveau de vie auquel elle était habituée de mon vivant.

(4) Au décès de mon épouse, Kathleen Ryan;

(a) Céder ou faire céder à TERRENCE
et s'il est à l'emploi de CFRA Broadcasting
Limited

KIELTY, s'il vit / quatre-vingt-dix pour
privilégiées

cent (90%) des, les actions / de CFRA
Broadcasting

/ Limited que détient Kilreen Company
Limited (les autres 10% déjà mentionnés
ayant fait l'objet d'une disposition de cession
en faveur de mon épouse Kathleen Ryan) la
compagnie en dernier lieu mentionnée étant
ma propriété et sous mon contrôle, en pleine

et s'il n'est pas employé comme susdit
propriété, et s'il ne vit pas / au moment de
mon décès, à telle personne ou telles per-
sonnes que ma dite épouse pourra désigner
par acte ou par testament et, à défaut de
telle désignation, au prorata, aux détenteurs
des actions ordinaires de CFRA Broadcasting
Limited en proportion du nombre d'actions
de CFRA Broadcasting Limited qu'ils dé-
tiendront au moment du décès de mon épouse
comme susdit.

Diviser

(b) / céder ou faire céder le reste de l'actif
de Kilreen Company Limited par parts égales
entre les employés de CFRA Broadcasting
Limited vivant au décès de mon épouse, au
prorata et en proportion du nombre d'actions
de ladite compagnie CFRA Broadcasting
Limited qu'ils détiendront au décès de mon
épouse comme susdit....»

Les difficultés découlent du legs de «toutes actions et obligations immatriculées à mon nom personnel» mentionné au premier alinéa, du legs à sa veuve de 15 pour cent de l'actif de Kilreen Company Limited et de la disposition des actions de CFRA Broadcasting Limited et du reste de l'actif de Kilreen Company Limited en vertu des paragraphes 4(a) et 4(b) précités.

Le testateur avait fondé et exploitait le poste
CFRA, une station radiophonique importante

in Ottawa. At the date of the will and the date of his death, the station was owned by CFRA Broadcasting Limited, the company mentioned in the will. Five thousand one hundred voting preference shares and 4,900 common shares of this company were issued and outstanding. The 5,100 voting preference shares represented the control and they were owned by Kilreen Company Limited. The 4,900 common shares were owned by employees of the station subject to agreements existing at the date of the will and at the date of death which provided for the compulsory sale by each employee of his shares to the others upon death, retirement or dismissal, and gave to the others the right to purchase the shares of any shareholder whose employment ceased by voluntary termination.

Kilreen Company Limited was a wholly owned personal corporation of which the testator owned all the shares, although there were two qualifying shares, one in the name of the testator's wife and the other in that of Terrence Kielty. The beneficial ownership of these shares belonged to the testator.

At the date of the will the testator owned a number of securities of various kinds other than the shares of Kilreen Company Limited but these were all disposed of or transferred to Kilreen prior to his death. The shares of Kilreen were valued for succession duty at \$1,933,581.28. The other assets of the estate totalled approximately \$143,000.

The first question is whether the bequest of "any stocks and bonds registered in my name personally" in favour of the widow carries with it the shares of Kilreen Company Limited? Both the judge of first instance, Osler J., and a unanimous Court of Appeal have held that they did not. I agree with this conclusion. If the words stood alone, they would carry the shares of Kilreen but they do not stand alone. They are followed by a clause which gives the widow 15 per cent of the assets of Kilreen, excluding the preference shares of CFRA Broadcasting Limited. They are also followed by a disposition in certain events of the assets of Kilreen Company Limited on the death of the widow. These subsequent dispositions

d'Ottawa. A la date du testament et du décès du testateur, la station appartenait à CFRA Broadcasting Limited, la compagnie nommée au testament et dont 5,100 actions privilégiées comportant droit de vote et 4,900 actions ordinaires étaient émises et en circulation. Les 5,100 actions privilégiées comportant droit de vote donnaient le contrôle de la compagnie et appartenaient à Kilreen Company Limited. Les 4,900 actions ordinaires appartenaient à des employés de la station, sous réserve d'ententes en vigueur à la date du testament et du décès du testateur, lesquelles ententes prévoyaient la vente obligatoire aux autres employés des actions que détenait un employé à son décès, sa retraite ou son renvoi, et accordaient aux autres le droit d'acheter les actions de tout actionnaire qui quittait son emploi de lui-même.

Kilreen Company Limited était une compagnie personnelle possédée en propriété exclusive dont le testateur détenait toutes les actions, encore qu'il y ait eu deux actions statutaires, l'une au nom de l'épouse du testateur et l'autre à celui de Terrence Kielty. De fait, ces actions appartenaient au testateur.

A la date du testament, le testateur détenait des valeurs de diverses sortes en outre des actions de Kilreen Company Limited, mais il les a toutes vendues ou cédées à Kilreen avant son décès. Les actions de Kilreen ont été évaluées pour les fins des droits de succession à \$1,933,581.28. Les autres biens de la succession se chiffraient à environ \$143,000.

La première question qui se pose est celle de savoir si le legs de «toutes actions et obligations immatriculées à mon nom personnel» en faveur de la veuve comprend les actions de Kilreen Company Limited. Tant le juge de première instance, le Juge Osler, que la Cour d'appel, à l'unanimité, ont statué que ces actions n'étaient pas comprises dans le legs. Je souscris à cette conclusion. Pris isolément, ces mots engloberaient les actions de Kilreen, mais il faut les considérer dans un contexte. Ils sont suivis d'une clause qui accorde à la veuve 15 pour cent de l'actif de Kilreen, à l'exclusion des actions privilégiées de CFRA Broadcasting Limited. Ils sont également suivis d'une disposition, dans des circonstances déterminées,

are totally inconsistent with any bequest of the shares of this company in favour of the widow in the opening words of the will.

The second question is whether the disposition in favour of the widow of 15 per cent of the assets of Kilreen Company Limited is effective? Immediately before the execution of the will, this disposition was substituted for one which gave the widow 10 per cent of the shares. Again, both Osler J. and the Court of Appeal agreed and held that this clause is effective. Kilreen Company Limited was a personal corporation completely owned by the testator. He looked upon Kilreen's assets as his assets. He was in the position during his lifetime to wind up the company and to give effect to an *inter vivos* disposition of the assets. His executors were in the same position.

The third question is whether Terrence Kielty became entitled to a vested remainder interest in the preferred shares of CFRA under para. 4(a), above quoted, on the death of the testator, or was his interest contingent upon his survival of the widow and being an employee of CFRA Broadcasting Limited at that time?

There was a difference of opinion on this question. Osler J. held that the interest was contingent, being subject to the double condition of survivorship of the widow and being an employee of CFRA Broadcasting Limited at the time of the death of the widow. The Court of Appeal held that Kielty had obtained a vested interest in the preference shares on the testator's death and that the case was one of a future interest vesting at the testator's death with possession postponed merely to let in the widow's life interest.

My opinion is that the construction put upon this clause by Osler J. is correct and that to qualify, Kielty must satisfy these conditions at the date of the death of the widow. This is not a case where the postponement of transfer is for the sole purpose of letting in the widow's life interest but for reasons personal to the legatee,

de l'actif de Kilreen Company Limited au décès de la veuve. Ces dispositions subséquentes sont absolument incompatibles avec tout legs des actions de cette compagnie à la veuve, au début du testament.

La seconde question est celle de savoir si la disposition de 15 pour cent de l'actif de Kilreen Company Limited en faveur de la veuve est valable. Immédiatement avant la signature du testament, on a substitué cette disposition à une autre qui accordait à la veuve dix pour cent des actions. Encore là, le Juge Osler et la Cour d'appel ont convenu et statué que la clause était valable. Kilreen Company Limited était une compagnie personnelle dont le testateur détenait toutes les actions. Il considérait l'actif de Kilreen comme son propre actif. De son vivant, il était en mesure de liquider la compagnie et de procéder à une disposition *entre viifs* de son actif. Ses exécuteurs testamentaires sont dans la même situation.

La troisième question est celle de savoir si, en vertu du par. 4(a) précité, Terrence Kielty est devenu titulaire d'un droit acquis de substitution immédiate quant aux actions privilégiées de CFRA, au décès du testateur, ou si le droit dudit Terrence Kielty est subordonné à la condition qu'il survive à la veuve et qu'il soit à l'emploi de CFRA Broadcasting Limited à ce moment-là.

Il y a divergence d'opinions sur cette dernière question. Le Juge Osler a jugé que le droit est conditionnel, étant assujetti à la double condition que l'intéressé survive à la veuve et soit à l'emploi de CFRA Broadcasting Limited au décès de la veuve. La Cour d'appel a jugé que Kielty est devenu titulaire d'un droit acquis dans les actions privilégiées au décès du testateur et qu'il s'agit d'un droit futur devenant acquis au décès du testateur et dont la possession a été différée uniquement en raison du droit viager de la veuve.

Je suis d'avis que l'interprétation que donne le Juge Osler à cette clause est correcte et que pour s'en prévaloir, Kielty doit en remplir les conditions à la date du décès de la veuve. Dans ce cas-ci la cession n'est pas différée uniquement pour permettre à la veuve de bénéficier de son droit viager, mais pour des motifs qui touchent personnellement

namely, that he take part in the operation of the station during the widow's lifetime and that at the time of her death, he be living and an employee of the company.

In my opinion, and I adopt his expression, Osler J. correctly judged the testator's intention when he said:

One can thus deduce from the will taken as a whole that the testator intended to provide for his wife a sum of capital which would be hers absolutely and to give her the outright use of all income from the remainder of his estate during her lifetime together with the power to have the trustees encroach upon capital if such should be necessary to maintain her in an appropriate style. The value of such life income, however, would fluctuate to a degree proportionate to the fortunes of the broadcasting enterprise in which the testator had been engaged, through the agency of CFRA Broadcasting Limited. For the twofold purpose of encouraging the employees engaged in that enterprise at the time of his death to conduct the business efficiently for the benefit of his widow and for the purpose of rewarding those employees who did so, he then provided that all employees who continued to be shareholders would share in the remainder of his estate and that one of them, Terrence Kielty, would not only share substantially but would exercise control upon the death of the life tenant.

The next question is what effect should be given to the remainder of clause 4(a) dealing with the creation of a power of appointment and what could happen on a failure to appoint? This problem did not face the Court of Appeal because they found a vested interest in Kielty on the testator's death. However, Osler J., having found that the gift to Kielty was contingent, had to face this problem. He noted that the power of appointment only arises if Kielty is "not living and not employed as aforesaid" at the date of the testator's death. Kielty was so living and employed at that time. In my opinion, the contingency or condition mentioned in clause 4(a) goes to the very existence of the power so that the power does not come into existence until the contingency occurs or the condition is satisfied. It is not a matter of mere qualification of the exercise of the power. In spite of his conclusion that the power of appointment never came into existence, Osler J. held

le légataire, soit qu'il prenne part à l'exploitation de la station du vivant de la veuve et qu'au décès de celle-ci, il doive être vivant et à l'emploi de la compagnie.

A mon avis, et je fais miens ses propres termes, le Juge Osler a correctement apprécié l'intention du testateur, en disant:

[TRADUCTION] On peut donc déduire du testament considéré dans son ensemble que le testateur a voulu mettre à la disposition de son épouse un capital dont elle serait propriétaire absolue et lui donner la jouissance complète, à titre viager, de tout le revenu du reste de sa succession, les fiduciaires étant autorisés à entamer le capital, si la chose est nécessaire pour qu'elle puisse maintenir un train de vie convenable. La valeur de ce revenu viager, cependant, fluctuerait selon la situation de l'entreprise de radiodiffusion dont s'occupait le testateur par l'entremise de CFRA Broadcasting Limited. Dans le double but d'encourager les employés, au service de l'entreprise au moment de son décès, à bien gérer celle-ci à l'avantage de sa veuve, et de récompenser ceux qui le feraient, il a prévu que tous les employés qui seraient demeurés actionnaires auraient une part du reste de sa succession et que l'un deux, Terrence Kielty, en plus de recevoir une part importante, acquerrait le contrôle de la compagnie au décès de l'usufruitière.

La question qui se pose maintenant porte sur l'effet du reste de la clause 4(a) en ce qui a trait à la création d'un pouvoir de désignation et sur les conséquences du défaut de désignation. La Cour d'appel n'a pas eu à résoudre cette question parce qu'elle a conclu que Kielty avait un droit acquis au décès du testateur. Toutefois, le Juge Osler a dû examiner la question après avoir conclu que le legs en faveur de Kielty était conditionnel. Il souligne que le pouvoir de désignation ne se présente que si Kielty ne «vit pas et [n'est] pas employé comme susdit» au décès du testateur. Kielty était de fait vivant et employé à ce moment-là. A mon avis, l'éventualité ou la condition spécifiée à la clause 4(a) concerne l'existence même du pouvoir, de sorte que celui-ci n'existe pas avant que l'événement ne se produise ou que la condition ne soit réalisée. Il ne s'agit pas simplement d'une restriction de l'exercice du pouvoir. Malgré qu'il ait conclu que le pouvoir de désignation n'a jamais

that the distribution would be governed as on a failure to appoint. The words of the will are:

... and failing appointment pro rata among the owners of the common stock of CFRA Broadcasting Limited in proportion to the number of shares of the said CFRA Broadcasting Limited owned by them at the death of my wife as aforesaid.

The decision of Osler J. on this point is in the following paragraph:

The power of appointment is only to be created if Kielty does not survive the testator. As he did so survive, the occasion for the exercise of the power did not arise and hence, distribution is governed by the words following the phrase "failing appointment".

Here, with respect, I think there was error. Since the power of appointment never came into existence, there could be no failure to appoint and the gift over following such failure is therefore ineffective.

The position, in my opinion, is this: Kielty did not take a vested interest in the CFRA Broadcasting Limited preference shares on the death of the testator. He cannot satisfy the condition of being an employee on the death of the wife. The power of appointment never came into existence. There was and could be no failure to appoint. In any event, those who owned common shares at the date of the testator's death cannot now qualify as owners at the date of the widow's death. They have sold their shares. For all these reasons there is an intestacy as to the preference shares of CFRA Broadcasting Limited.

As to para. 4(b), the direction to transfer the remaining assets of Kilreen Company Limited among the employees living at the date of death of the wife *pro rata* in proportion to the number of shares owned by them at the death of the wife, these conditions cannot be satisfied. This gift did not vest on the death of the testator. They must be shareholders at the date of the wife's death and they have sold their shares.

At the testator's death, 14 persons were both employees and shareholders of CFRA Broad-

existé, le Juge Osler a statué que la distribution serait réglée comme s'il y avait eu défaut de désignation. Les termes du testament sont les suivants:

[TRADUCTION] et, à défaut de telle désignation, au pro rata, aux détenteurs des actions ordinaires de CFRA Broadcasting Limited en proportion du nombre d'actions de CFRA Broadcasting Limited qu'ils détiendront au décès de mon épouse comme susdit.

La décision du Juge Osler sur ce point se trouve à l'alinéa suivant:

[TRADUCTION] Le pouvoir de désignation ne peut exister que si Kielty ne survit pas au testateur. Comme, de fait, il lui a survécu, l'occasion d'exercer ce pouvoir ne s'est pas présentée et la distribution est régie par les mots suivant l'expression «à défaut de telle désignation».

Ici, je crois respectueusement qu'il y a eu erreur. Puisque le pouvoir de désignation n'a jamais existé, il ne peut y avoir eu défaut de désignation et le legs subordonné à ce défaut est caduc.

Voici quelle est, à mon avis, la situation: Kielty n'est pas devenu titulaire d'un droit acquis dans les actions privilégiées de CFRA Broadcasting Limited au décès du testateur. Il ne peut satisfaire à la condition d'être un employé de la compagnie au décès de l'épouse. Le pouvoir de désignation n'a jamais existé. Il n'y a pas eu ni n'a pu y avoir défaut de désignation. De toute façon, ceux qui détenaient des actions ordinaires au décès du testateur ne pourront prétendre détenir de telles actions au décès de la veuve. Ils ont vendu leurs actions. Pour tous ces motifs, les actions privilégiées de CFRA Broadcasting Limited font partie de la succession *ab intestat*.

Quant au par. 4(b), soit la directive de répartir le reste de l'actif de Kilreen Company Limited entre les employés vivants au décès de l'épouse, au *pro rata* et en proportion du nombre d'actions qu'ils détiendront au décès de l'épouse, les conditions qu'elle renferme ne peuvent pas se réaliser. Le legs n'a pas été transmis au décès du testateur. Ils devaient être actionnaires à la date du décès de l'épouse, et ils ont vendu leurs actions.

Au décès du testateur, quatorze personnes étaient à la fois employés et actionnaires de CFRA

casting, including his widow and Kielty. By 1969, only Mrs. Ryan satisfied these two conditions as a result of the sale of the company in 1966. There was before this Court evidence relating to the sale which was not drawn to the attention of the Courts below. In early 1966, an offer to purchase all the assets of CFRA Broadcasting Limited was made, the conditions of which included the transfer of all assets to a new company, Radio Station CFRA Limited, the written consent of all the shareholders of CFRA Broadcasting Limited and Kielty—the latter both as shareholder and as a beneficiary under the will—and the appointment of Kielty as general manager of the station for a five-year period with a fixed minimum remuneration. In May 1966, Mrs. Ryan purchased all the outstanding common shares in CFRA Broadcasting from the employee-shareholders, including Kielty, for \$325 per share. All of the shareholders signed minutes of a meeting held later in the year in which it was resolved to sell the assets of CFRA Broadcasting to Radio Station CFRA Limited.

My conclusion is that there is an intestacy as to the remaining assets of Kilreen Company Limited under clause 4(b).

I next set out the questions as they were put before Osler J. and the answers I would give:

1. Is the sixth paragraph on page 1 of the Will effective to bequeath to the widow of the testator the shares of Kilreen Company Limited which were registered in the name of the Testator at the date of his death?

Answer: No.

2(a) If the answer to question "1" is in the negative, is paragraph "2" on page 2 of the Will effective to bequeath to the said widow 15 per cent of the assets of Kilreen Company Limited, excluding the preferred shares of CFRA Broadcasting Limited?

Answer: Yes.

2(b) Did Terrence Kielty, pursuant to paragraph 4(a) on page 2 of the Will, obtain an interest in the said preferred shares on the death of the Testator?

Answer: No.

Broadcasting, dont la veuve du testateur et Kielty. En 1969, seule Mme Ryan remplissait ces deux conditions par suite de la vente de la compagnie en 1966. On a soumis à cette Cour, au sujet de la vente de la compagnie, des éléments de preuve qu'on n'avait pas signalés aux tribunaux d'instance inférieure. Au début de 1966, une offre d'acquérir tout l'actif de CFRA Broadcasting Limited a été faite, laquelle offre comportait comme conditions la cession de tout l'actif à une nouvelle compagnie, Radio Station CFRA Limited, le consentement écrit de tous les actionnaires de CFRA Broadcasting Limited, dont celui de Kielty en tant qu'actionnaire et légataire en vertu du testament, et la désignation de Kielty comme gérant général de la station pour cinq ans, moyennant une rémunération minimum fixe. En mai 1966, Mme Ryan a acquis des actionnaires-employés, dont Kielty, toutes les actions ordinaires en circulation de CFRA Broadcasting au prix de \$325 l'action. Tous les actionnaires ont signé le procès-verbal d'une assemblée tenue plus tard la même année et au cours de laquelle il a été résolu de vendre l'actif de CFRA à Radio Station CFRA Limited.

Je conclus qu'il y a succession *ab intestato* quant au reste de l'actif de Kilreen Company Limited, mentionné à la clause 4(b).

Voici les questions posées au Juge Osler et les réponses que j'y apporte:

[TRADUCTION] 1. Le sixième alinéa de la page 1 du testament constitue-t-il un legs valide, à la veuve du testateur, des actions de Kilreen Company Limited immatriculées au nom du testateur à la date de son décès?

Réponse: Non.

[TRADUCTION] 2(a) Si la réponse à la question 1 est non, le paragraphe 2 à la page 2 du testament constitue-t-il un legs valide, à ladite veuve, de 15 pour cent de l'actif de Kilreen Company Limited, à l'exclusion des actions privilégiées de CFRA Broadcasting Limited?

Réponse: Oui.

[TRADUCTION] 2(b) Terrence Kielty a-t-il acquis, conformément au paragraphe 4(a), à la page 2 du testament, un droit dans lesdites actions privilégiées, au décès du testateur?

Réponse: Non.

2(c) If the answer to subparagraph (b) hereof is in the affirmative, does the widow of the Testator become entitled to the income from the said preferred shares for the remainder of her natural life?

Answer: Whether the answer to question 2(b) is yes or no, the widow is to entitled.

3. If the answer to question 2(b) is in the negative, will Terrence Kiely become entitled to the said preferred shares on the death of the widow regardless of whether he is alive and an employee of CFRA Broadcasting Limited at the time of death of the widow?

Answer: No.

4. If the answer to question "3" is in the negative, do the said preferred shares pass as on an intestacy?

Answer: Yes.

5. Is paragraph 4(b) on page 3 of the Will effective to dispose of the remaining assets of Kilreen Company Limited, other than the said preferred shares?

Answer: No.

6. If the answer to question "5" is in the affirmative, do only those persons take who were both, alive at the time of death of the Testator, employees and shareholders of CFRA Broadcasting Limited, and who are also alive, employees and shareholders of CFRA Broadcasting Limited at the time of death of the widow?

Answer: Does not arise.

7. If the answer to question "6" is in the negative, do the remaining assets of Kilreen Company Limited, other than the said preferred shares, pass as on an intestacy?

Answer: Intestacy.

I would allow the appeal and direct that judgment be entered in accordance with the above answers. In the circumstances, I would direct that the costs of all parties represented on the appeal be taxed and paid out of the estate with one set of costs to the Official Guardian on behalf of Margaret Ann Smith and the two infants who were in the same interest as the appellant Kathleen Ryan.

[TRADUCTION] 2(c) Si la réponse à l'alinéa (b) ci-dessus est oui, la veuve du testateur a-t-elle droit au revenu desdites actions privilégiées à titre viager?

Réponse: Que la réponse à la question 2(b) soit oui ou non, la veuve y a droit.

[TRADUCTION] 3. Si la réponse à la question 2(b) est non, Terrence Kiely aura-t-il droit à ces actions privilégiées au décès de la veuve, indépendamment du fait qu'il soit ou non vivant et à l'emploi de CFRA Broadcasting Limited au décès de la veuve?

Réponse: Non.

[TRADUCTION] 4. Si la réponse à la question 3 est non, lesdites actions privilégiées sont-elles dévolues par succession *ab intestat*?

Réponse: Oui.

[TRADUCTION] 5. Le paragraphe 4(b), à la page 3 du testament, constitue-t-il une disposition valide du reste de l'actif de Kilreen Company Limited, à l'exclusion des actions privilégiées susdites?

Réponse: Non.

[TRADUCTION] 6. Si la réponse à la question 5 est oui, est-ce que seuls héritent ceux qui à la fois étaient vivants et employés et actionnaires de CFRA Broadcasting Limited au décès du testateur et qui seront vivants et employés et actionnaires de CFRA Broadcasting Limited au décès de la veuve?

Réponse: La question ne se pose pas.

[TRADUCTION] 7. Si la réponse à la question 6 est non, le reste de l'actif de Kilreen Company Limited autre que les actions privilégiées susdites, est-il dévolu par succession *ab intestat*?

Réponse: Comme s'il s'agissait d'une succession *ab intestat*.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner d'inscrire jugement conformément aux réponses ci-dessus. Dans les circonstances, je suis d'avis d'ordonner que les dépens de toutes les parties représentées aux fins de l'appel soient taxés et payés sur la masse successorale, avec un seul mémoire de dépens pour le Tuteur public, pour le compte de Margaret Ann Smith et des deux mineurs, qui avaient le même intérêt que l'appelante Kathleen Ryan.

Appeal allowed.

*Solicitors for the appellant, Kathleen Ryan:
Clark, Macdonald, Connolly, Affleck, Brocklesby,
Gorman & McLaughlin, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent, Margaret Smith:
Green & Poulin, Ottawa.*

*Solicitors for the Executors and Trustees: Mc-
Ilraith & McIlraith, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent, Terrence Kielty:
Kennedy, Sweet & Ritchie, Ottawa.*

*E. M. Henry, Q.C., Official Guardian of the
Province of Ontario, for the respondents, Maureen
and Gary Ryan.*

Appel accueilli.

*Procureurs de l'appelante, Kathleen Ryan:
Clark, Macdonald, Connolly, Affleck, Brocklesby,
Gorman & McLaughlin, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée, Margaret Smith: Green
& Poulin, Ottawa.*

*Procureurs des Exécuteurs et Fiduciaires:
McIlraith & McIlraith, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé, Terrence Kielty: Ken-
nedy, Sweet & Ritchie, Ottawa.*

*E. M. Henry, c.r., Le Tuteur Public de la Pro-
vince de l'Ontario, pour les intimés, Maureen et
Gary Ryan.*
