

**Friedmann Equity Developments
Inc.** *Appellant*

v.

Dr. Almas Adatia, also known as Almas Adatia, Mohamed Rajani, Shorim Investments, in Trust, Shorim Investments Limited, in Trust, Peter Bortoluzzi, Sultan Lalani, in Trust, 808413 Ontario Inc., and Crown Freight Forwarders Ltd., previously known as 808548 Ontario Inc. *Respondents*

and

Lionel C. Larry and Robins, Appleby & Taub *Respondents*

INDEXED AS: FRIEDMANN EQUITY DEVELOPMENTS INC. v. FINAL NOTE LTD.

Neutral citation: 2000 SCC 34.

File No.: 26971.

2000: January 27; 2000: July 20.

Present: Gonthier, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contracts — Sealed contracts — Mortgages — Mortgage agreement entered into by corporation acting as agent of undisclosed principals — Mortgage executed under seal of corporation — Corporation defaulting on mortgage and mortgagee suing undisclosed principals — Common law rule preventing undisclosed principals from being sued on contract executed by their agent when contract executed under seal — Whether sealed contract rule applies to corporate agent — Whether sealed contract rule should be abolished.

Contracts — Sealed contracts — Intent — Evidence — Creation of sealed contract requiring intent to create instrument under seal — Whether attachment of corpo-

**Friedmann Equity Developments
Inc.** *Appelante*

c.

Dr Almas Adatia, également connu sous le nom de Almas Adatia, Mohamed Rajani, Shorim Investments, en fiducie, Shorim Investments Limited, en fiducie, Peter Bortoluzzi, Sultan Lalani, en fiducie, 808413 Ontario Inc., et Crown Freight Forwarders Ltd., auparavant connue sous le nom de 808548 Ontario Inc. *Intimés*

et

Lionel C. Larry et Robins, Appleby & Taub *Intimés*

RÉPERTORIÉ: FRIEDMANN EQUITY DEVELOPMENTS INC. c. FINAL NOTE LTD.

Référence neutre: 2000 CSC 34.

N° du greffe: 26971.

2000: 27 janvier; 2000: 20 juillet.

Présents: Les juges Gonthier, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

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

Contrats — Contrats par actes scellés — Hypothèques — Acte d'hypothèque conclu par une société par actions agissant à titre de mandataire de mandants secrets — Acte d'hypothèque revêtu du sceau de la société par actions — Manquement à l'acte d'hypothèque par la société par actions et action intentée par le créancier hypothécaire contre les mandants secrets — Existence d'une règle de common law faisant obstacle à l'engagement de poursuites contre des mandants secrets sur le fondement d'un contrat conclu par leur mandataire lorsque ce contrat est revêtu d'un sceau — La règle du contrat par acte scellé s'applique-t-elle aux personnes morales agissant comme mandataires? — La règle du contrat par acte scellé devrait-elle être abolie?

Contrats — Contrats par actes scellés — Intention — Preuve — La création d'un contrat par acte scellé exige l'intention de créer un acte scellé — L'apposition du

rate seal to agreement constitutes evidence of intent to create sealed instrument — Statutory provisions may render intent irrelevant.

A corporation was created to hold legal title to municipal property as a trustee or agent for beneficial owners. A mortgage registered against the property was executed in the form required under the Ontario *Land Registration Reform Act, 1984*. The mortgage agreement was signed by the corporation's duly authorized officer under its corporate seal. In 1994, the mortgagee commenced an action for a default on the mortgage against the beneficial owners, none of whom were parties to the mortgage. The beneficial owners commenced proceedings against the solicitors who had represented them in the transaction. The beneficial owners and the third party solicitors brought a motion to dismiss the action on the basis that the beneficial owners were undisclosed principals who could not be sued on an indenture executed by their agent under seal. The Ontario Court (General Division) dismissed the motion. On appeal, the Divisional Court granted the motion and dismissed the action. The Court of Appeal upheld the Divisional Court's decision.

Held: The appeal should be dismissed.

As a general rule, an undisclosed principal may sue or be sued on a simple contract entered into on his or her behalf by an agent. The sealed contract rule is a well-established exception to that general rule: when a contract is executed under seal, an undisclosed principal can neither sue nor be sued upon the contract. The exception stems from the rule that only parties to a sealed instrument may have obligations and rights under it. The sealed contract rule operates within a system of rules relating to sealed instruments, all of which are derived from the fact that a sealed instrument is enforceable by virtue of the form of the instrument itself. The English Court of Appeal's decision in *Harmer* did not create an exception to the sealed contract rule nor did it recognize any legal relationship upon which a third party can sue a beneficiary.

The sealed contract rule is part of the common law of Canada and applies equally to individual agents and corporate agents. Subject to exceptions set out by statute, a corporation has the same powers and capacities as a natural person and there is no principled basis upon which to treat corporations differently. While it is clear that the

sceau d'une personne morale sur un accord constitue-t-elle une preuve de l'intention de créer un acte scellé? — Des dispositions législatives peuvent avoir pour effet d'enlever toute pertinence à l'intention.

Une société par actions a été créée en vue de détenir le titre de propriété à l'égard d'un bien immobilier en tant que fiduciaire ou mandataire des propriétaires bénéficiaires. Un acte d'hypothèque enregistré relativement au bien immobilier concerné a été préparé sous la forme prescrite par la *Land Registration Reform Act, 1984* de l'Ontario. L'acte d'hypothèque a été signé par le représentant dûment autorisé de la société par actions, qui y a apposé le sceau de celle-ci. En 1994, le créancier hypothécaire a intenté une action contre les propriétaires bénéficiaires intimés pour cause de manquement à l'acte d'hypothèque. Aucun de ceux-ci n'était partie à l'acte. Les propriétaires bénéficiaires ont entamé des poursuites contre les avocats qui les avaient représentés dans l'opération. Les propriétaires bénéficiaires et les tiers avocats ont présenté une requête en rejet d'action au motif que les propriétaires bénéficiaires étaient des mandants secrets qui ne pouvaient pas être poursuivis en vertu d'un acte conclu par leur mandataire et revêtu d'un sceau. La Cour de l'Ontario (Division générale) a rejeté la requête. En appel, la Cour divisionnaire a accordé la requête et a rejeté l'action. La Cour d'appel a confirmé la décision de la Cour divisionnaire.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Un mandant secret peut en règle générale ester en justice en vertu d'un contrat nu conclu en son nom par un mandataire. La règle du contrat par acte scellé est une exception bien établie à cette règle générale: lorsque le contrat est revêtu d'un sceau, le mandant secret ne peut ni poursuivre ni être poursuivi en vertu de celui-ci. Cette exception découle de la règle selon laquelle seules les parties à un acte scellé peuvent avoir des droits et obligations en vertu de cet acte. Cette règle s'inscrit dans un ensemble de règles relatives aux actes scellés, lesquelles reposent toutes sur le fait qu'un acte scellé est exécutoire de par sa forme même. La décision rendue par la Cour d'appel d'Angleterre dans *Harmer* n'a pas créé d'exception à la règle du contrat par acte scellé ni reconnu l'existence de rapports juridiques permettant à un tiers de poursuivre un bénéficiaire.

La règle du contrat scellé fait partie de la common law du Canada et s'applique tant aux particuliers agissant comme mandataires qu'aux personnes morales agissant comme tel. Sous réserve des exceptions prévues par des textes de loi, les personnes morales ont les mêmes droits et la même capacité qu'une personne phy-

sealed contract rule applies to corporate agents, the attachment of a corporation's seal to an agreement may not be sufficient in all circumstances to constitute a sealed contract within the meaning of the sealed contract rule. The creation of a sealed instrument requires formalities that must be observed. A sealed instrument must be signed, sealed and delivered and the application of the seal must be a conscious and deliberate act. The relevant question is whether the parties intended to create an instrument under seal. Corporate seals, in many circumstances, are equivalent to the signature of a natural person, and therefore, merely affixing a corporate seal may not be evidence of an intent to create a sealed instrument. Courts must examine the instrument and the circumstances surrounding its creation to determine intent. Statutory provisions, however, may render intent irrelevant. In this case, s. 13(1) of the *Land Registration Reform Act, 1984* rendered intent irrelevant by making all documents transferring an interest in land, and charges or discharges, sealed instruments for all purposes including the application of the sealed contract rule.

A proposed change in the common law must be necessary to keep the common law in step with the evolution of society, to clarify a legal principle or to resolve inconsistency. A change should be incremental and its consequences should be capable of assessment. Courts should not intervene if a change will have complex, uncertain and far-reaching effects. Here, no compelling reasons exist for the abolition of the sealed contract rule. There is no conflicting appellate authority regarding whether the rule applies in Canada and its inclusion in Canadian common law is not out of step with other jurisdictions. The rule is consistent with commercial reality and with other rules that apply to sealed instruments, and continues to serve a useful purpose in our law. It has not caused inconvenience in commercial transactions nor great hardship. The sealed contract rule is part of a system of property and contract rules. To abolish it simply because the historical rationale for the rule is no longer important would necessarily call into question the validity of other rules that apply to sealed instruments and of other technical rules, both in the law of contract and in the law of property, which no longer appear to have any modern day rationale, thereby creating uncertainty both in commercial relations and in the law itself. The abolition of the sealed contract rule could

sique et il n'y a aucune considération de principe justifiant de traiter les personnes morales différemment. Bien qu'il soit clair que la règle du contrat par acte scellé s'applique aux personnes morales agissant comme mandataires, l'apposition du sceau d'une personne morale sur un accord peut ne pas suffire dans tous les cas pour faire de cet accord un contrat scellé au sens de la règle du contrat par acte scellé. La création d'un acte scellé requiert l'observation de certaines formalités. Un acte scellé doit être signé, scellé et délivré, et l'apposition du sceau doit être faite de propos délibéré et en pleine connaissance de cause. La question pertinente est de savoir si les parties avaient l'intention de créer un acte scellé. Dans bien des cas, le sceau d'une personne morale équivaut à la signature d'une personne physique, de sorte que la simple apposition d'un tel sceau n'indique pas toujours l'intention de créer un acte scellé. Les tribunaux doivent examiner l'acte lui-même et les circonstances de sa création pour déterminer l'intention. Des dispositions législatives peuvent toutefois enlever toute pertinence à l'intention. En l'espèce, le par. 13(1) de la *Land Registration Reform Act, 1984* a rendu l'intention non pertinente en considérant les documents cédant un droit sur un bien-fonds, les charges et les mainlevées comme étant des actes scellés à tous égards, y compris pour l'application de la règle du contrat par acte scellé.

Une modification de la common law doit être nécessaire soit pour permettre à celle-ci de suivre l'évolution de la société, soit pour préciser un principe de droit ou encore pour éliminer une contradiction. La modification doit être graduelle et ses conséquences doivent pouvoir être évaluées. Les tribunaux ne doivent pas intervenir lorsque la modification proposée aurait des effets complexes, incertains et d'une grande portée. En l'espèce, il n'existe aucun motif convaincant pour abolir la règle du contrat par acte scellé. Les arrêts des cours d'appel canadiennes ne se contredisent pas quant à l'application de la règle du contrat par acte scellé et son existence dans la common law canadienne n'est pas incompatible avec l'évolution du droit dans d'autres pays. La règle est compatible avec les réalités du commerce et avec les autres règles qui s'appliquent aux actes scellés, et elle continue de servir une fin utile dans notre droit. Elle n'a pas nui à des opérations commerciales ni causé de grandes difficultés. La règle du contrat par acte scellé fait partie d'un ensemble de règles du droit des biens et du droit des contrats. L'abolir tout simplement parce que sa justification historique a perdu son importance remettrait nécessairement en cause la validité des autres règles s'appliquant aux actes scellés et les autres règles de forme, tant en droit des contrats qu'en droit des

also have far-reaching effects on existing contractual relationships. It would have the unfair result of creating uncertainty for those who had relied on the rule in executing their contracts. To avoid uncertainty and any unfairness to those parties who have structured their commercial relationships in accordance with the sealed contract rule, any change to the law should operate prospectively. Only a legislature has the power to create a prospective change in the law.

The corporation's officer affixed the corporation's seal to the mortgage agreement and the mortgage is in the form prescribed under the *Land Registration Reform Act, 1984*, which deems all instruments governed by its provisions to be documents under seal. The sealed contract rule applies and only the parties to the mortgage may be sued upon it. Therefore, the mortgagee cannot maintain its action on the covenant in the mortgage against the beneficial owners.

Cases Cited

Overtured: *Kootenay Savings Credit Union v. Toudy* (1987), 22 B.C.L.R. (2d) 201; **distinguished:** *Harmer v. Armstrong*, [1934] Ch. 65; **discussed:** *Chesterfield and Midland Silkstone Colliery Co. v. Hawkins* (1865), 3 H. & C. 677, 159 E.R. 698; *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330; *Crowley v. Lewis*, 146 N.E. 374 (1925); **referred to:** *Keighley Maxsted & Co. v. Durant*, [1901] A.C. 240; *Nalbandian v. Hanson Restaurant & Lounge, Inc.*, 338 N.E.2d 335 (1975); *Porter v. Pelton* (1903), 33 S.C.R. 449; *Margolius v. Diesbourg*, [1937] S.C.R. 183; *Whisper Holdings Ltd. v. Zamikoff*, [1971] S.C.R. 933; *Re Zamikoff v. Lundy* (1970), 9 D.L.R. (3d) 637; *Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank* (1987), 46 D.L.R. (4th) 37; *Napev Construction Ltd. v. Lebedinsky* (1984), 7 C.L.R. 57; *Tri-S Investments Ltd. v. Vong*, [1991] O.J. No. 2292 (QL); *Edelstein Construction Ltd. v. Fire Pit Inc.* (1996), 30 O.R. (3d) 383; *Marbar Holdings Ltd. v. 221,401 B.C. Ltd.* (1984), 54 B.C.L.R. 169; *872899 Ontario Inc. v. Iacovoni* (1998), 163 D.L.R. (4th) 263; *Re Lawton*, [1944] 3 D.L.R. 51, aff'd [1945] 4 D.L.R. 8; *Newfoundland & Labrador Housing Corp. v. Suburban Construction Ltd.* (1987),

biens, qui paraissent ne plus avoir de raison d'être aujourd'hui, ce qui créerait de l'incertitude dans les relations commerciales et dans le droit lui-même. L'abolition de la règle du contrat par acte scellé pourrait également avoir des effets d'une grande portée sur les relations contractuelles existantes. Cela aurait comme effet inéquitable de créer de l'incertitude pour ceux qui se sont fiés à la règle en concluant leurs contrats. Pour éviter l'incertitude ainsi que toute injustice pour les parties qui ont organisé leurs relations commerciales conformément à la règle du contrat par acte scellé, toute modification apportée au droit devrait avoir effet pour l'avenir. Seule une législature a le pouvoir d'apporter au droit des modifications portant effet pour l'avenir.

Le représentant de la société par actions a apposé le sceau de celle-ci à l'acte d'hypothèque, qui est établi selon la forme prescrite par la *Land Registration Reform Act, 1984*, loi aux termes de laquelle tous les actes visés par ses dispositions sont réputés être des documents revêtus d'un sceau. La règle du contrat par acte scellé s'applique et seules les parties à l'acte d'hypothèque peuvent être poursuivies en vertu de ce dernier. Par conséquent, le créancier hypothécaire ne peut pas poursuivre son action contre les propriétaires bénéficiaires sur le fondement de l'engagement figurant dans l'acte d'hypothèque.

Jurisprudence

Arrêt écarté: *Kootenay Savings Credit Union c. Toudy* (1987), 22 B.C.L.R. (2d) 201; **distinction faite d'avec l'arrêt:** *Harmer c. Armstrong*, [1934] Ch. 65; **arrêts analysés:** *Chesterfield and Midland Silkstone Colliery Co. c. Hawkins* (1865), 3 H. & C. 677, 159 E.R. 698; *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330; *Crowley c. Lewis*, 146 N.E. 374 (1925); **arrêts mentionnés:** *Keighley Maxsted & Co. c. Durant*, [1901] A.C. 240; *Nalbandian c. Hanson Restaurant & Lounge, Inc.*, 338 N.E.2d 335 (1975); *Porter c. Pelton* (1903), 33 R.C.S. 449; *Margolius c. Diesbourg*, [1937] R.C.S. 183; *Whisper Holdings Ltd. c. Zamikoff*, [1971] R.C.S. 933; *Re Zamikoff c. Lundy* (1970), 9 D.L.R. (3d) 637; *Canada Deposit Insurance Corp. c. Canadian Commercial Bank* (1987), 46 D.L.R. (4th) 37; *Napev Construction Ltd. c. Lebedinsky* (1984), 7 C.L.R. 57; *Tri-S Investments Ltd. c. Vong*, [1991] O.J. No. 2292 (QL); *Edelstein Construction Ltd. c. Fire Pit Inc.* (1996), 30 O.R. (3d) 383; *Marbar Holdings Ltd. c. 221,401 B.C. Ltd.* (1984), 54 B.C.L.R. 169; *872899 Ontario Inc. c. Iacovoni* (1998), 163 D.L.R. (4th) 263; *Re Lawton*, [1944] 3 D.L.R. 51, conf. par [1945] 4 D.L.R. 8; *Newfoundland & Labrador Housing Corp. c. Suburban*

38 D.L.R. (4th) 150; *Alton Renaissance I v. Talamanca Management Ltd.* (1996), 27 B.L.R. (2d) 307; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *McMullen v. McMullen*, 145 So.2d 568 (1962); *Toll v. Pioneer Sample Book Co.*, 94 A.2d 764 (1953).

Construction Ltd. (1987), 38 D.L.R. (4th) 150; *Alton Renaissance I c. Talamanca Management Ltd.* (1996), 27 B.L.R. (2d) 307; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *McMullen c. McMullen*, 145 So.2d 568 (1962); *Toll c. Pioneer Sample Book Co.*, 94 A.2d 764 (1953).

Statutes and Regulations Cited

Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 15.
Canada Business Corporations Act, R.S.C., 1985, c. C-44, s. 15(1).
Conveyancing and Law of Property Act, R.S.O. 1990, c. C.34, ss. 2, 3, 9.
Land Registration Reform Act, 1984, S.O. 1984, c. 32, s. 13 [now *Land Registration Reform Act*, R.S.O. 1990, c. L.4, s. 13].
Land Titles Act, R.S.O. 1990, c. L.5, s. 79(1) [rep. 1998, c. 18, Sch. E, s. 132].
Limitation of Actions Act, R.S.N.B. 1973, c. L-8, s. 2.
Limitation of Actions Act, R.S.N.S. 1989, c. 258, s. 2(1)(c).
Limitations Act, R.S.O. 1990, c. L.15, s. 45(1)(b).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 21.01(1)(a).
Statute of Frauds, R.S.O. 1990, c. S.19, s. 2.
Statute of Limitations, R.S.P.E.I. 1988, c. S-7, s. 13.

Authors Cited

Ames, James Barr. "Undisclosed Principal — His Rights and Liabilities" (1909), 18 *Yale L.J.* 443.
Anger and Honsberger: Law of Real Property, vol. 2, 2nd ed. By A. H. Oosterhoff and W. B. Rayner. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.
Bowstead and Reynolds on Agency, 16th ed. By F. M. B. Reynolds. London: Sweet & Maxwell, 1996.
 British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Deeds and Seals*. Vancouver: The Commission, 1988.
 Cardozo, Benjamin N. *The Paradoxes of Legal Science*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1928.

Lois et règlements cités

Land Registration Reform Act, 1984, S.O. 1984, ch. 32, art. 13 [maintenant *Loi portant réforme de l'enregistrement immobilier*, L.R.O. 1990, ch. L.4, art. 13].
Limitation of Actions Act, R.S.N.S. 1989, ch. 258, art. 2(1)(c).
Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 15(1).
Loi relative aux preuves littérales, L.R.O. 1990, ch. S.19, art. 2.
Loi sur la prescription, L.R.N.-B. 1973, ch. L-8, art. 2.
Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1990, ch. L.15, art. 45(1)(b).
Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers, L.R.O. 1990, ch. L.5, art. 79(1) [abr. 1998, ch. 18, ann. E, art. 132].
Loi sur les actes translatifs de propriété et le droit des biens, L.R.O. 1990, ch. C.34, art. 2, 3, 9.
Loi sur les sociétés par actions, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 15.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, règl. 194, r. 21.01(1)(a).
Statute of Limitations, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-7, art. 13.

Doctrine citée

Ames, James Barr. «Undisclosed Principal — His Rights and Liabilities» (1909), 18 *Yale L.J.* 443.
Anger and Honsberger: Law of Real Property, vol. 2, 2nd ed. By A. H. Oosterhoff and W. B. Rayner. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.
Bowstead and Reynolds on Agency, 16th ed. By F. M. B. Reynolds. London: Sweet & Maxwell, 1996.
 Cardozo, Benjamin N. *The Paradoxes of Legal Science*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1928.
Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, 13th ed. By M. P. Furmston. London: Butterworths, 1996.

Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, 13th ed. By M. P. Furmston. London: Butterworths, 1996.

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

Fuller, Lon L. "Consideration and Form" (1941), 41 *Colum. L. Rev.* 799.

Halsbury's Laws of England, vol. 9(1), 4th ed. (reissue). By Lord Mackay of Clashfern. London: Butterworths, 1998.

Herschorn, Arnie. "Documents Under Seal: Consequences and Complications" (1989), 10 *Advocates' Q.* 129.

McGuinness, Kevin Patrick. *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*. Toronto: Butterworths, 1999.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Amendment of the Law of Contract*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987.

Schiff, Martin. "The Undisclosed Principal: An Anomaly in the Laws of Agency and Contract" (1983), 88 *Com. L.J.* 229.

Seavy, Warren A. "The Rationale of Agency" (1920), 29 *Yale L.J.* 859.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1999.

Weinrib, Ernest J. "The Undisclosed Principle of Undisclosed Principals" (1975), 21 *McGill L.J.* 298.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 41 O.R. (3d) 712, 112 O.A.C. 253, 20 R.P.R. (3d) 257, [1998] O.J. No. 3520 (QL), dismissing the appellant's appeal from a judgment of the Divisional Court, [1997] O.J. No. 642 (QL), allowing the respondents' appeal from a decision of Borins J., dismissing the respondents' motion to dismiss the appellant's action for a default on a mortgage. Appeal dismissed.

Benjamin Zarnett, Carolyn Silver and Julie Rosenthal, for the appellant.

Robert D. Malen, for the respondents Dr. Almas Adatia, also known as Almas Adatia, Peter Bortoluzzi, Sultan Lalani, in Trust, 808413 Ontario Inc. and Crown Freight Forwarders Ltd., previously known as 808548 Ontario Inc.

Colombie-Britannique. Law Reform Commission. *Report on Deeds and Seals*. Vancouver: The Commission, 1988.

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

Fuller, Lon L. «Consideration and Form» (1941), 41 *Colum. L. Rev.* 799.

Halsbury's Laws of England, vol. 9(1), 4th ed. (reissue). By Lord Mackay of Clashfern. London: Butterworths, 1998.

Herschorn, Arnie. «Documents Under Seal: Consequences and Complications» (1989), 10 *Advocates' Q.* 129.

McGuinness, Kevin Patrick. *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*. Toronto: Butterworths, 1999.

Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Amendment of the Law of Contract*. Toronto: Ministère du Procureur général, 1987.

Schiff, Martin. «The Undisclosed Principal: An Anomaly in the Laws of Agency and Contract» (1983), 88 *Com. L.J.* 229.

Seavy, Warren A. «The Rationale of Agency» (1920), 29 *Yale L.J.* 859.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1999.

Weinrib, Ernest J. «The Undisclosed Principle of Undisclosed Principals» (1975), 21 *McGill L.J.* 298.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 41 O.R. (3d) 712, 112 O.A.C. 253, 20 R.P.R. (3d) 257, [1998] O.J. No. 3520 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'appelante contre une décision de la Cour divisionnaire, [1997] O.J. No. 642 (QL), faisant droit à l'appel interjeté par les intimés contre une décision du juge Borins, qui avait rejeté la requête des intimés demandant le rejet de l'action de l'appelante pour cause de manquement à un acte d'hypothèque. Pourvoi rejeté.

Benjamin Zarnett, Carolyn Silver et Julie Rosenthal, pour l'appelante.

Robert D. Malen, pour les intimés Dr Almas Adatia, également connu sous le nom de Almas Adatia, Peter Bortoluzzi, Sultan Lalani, en fiducie, 808413 Ontario Inc. et Crown Freight Forwarders Ltd., auparavant connue sous le nom de 808548 Ontario Inc.

Carl Orbach, Q.C., for the respondents Mohamed Rajani, Shorim Investments, in Trust, and Shorim Investments Limited, in Trust.

Valerie A. Edwards, for the respondents Lionel C. Larry and Robins, Appleby & Taub.

The judgment of the Court was delivered by

BASTARACHE J. —

I. Introduction

¹ There is an established rule in our common law that an undisclosed principal cannot be sued on a contract executed by his or her agent when that contract is executed under seal (the “sealed contract rule”). The appellant, Friedmann Equity Developments Inc. (“FED”), submits that this Court should abolish that rule. The appellant has not shown that the application of the rule in this case would cause any injustice, nor has it shown that the rule is no longer consistent with commercial reality. It relies instead on the contention that the rule is a technical one which does not appear to have any present underlying rationale. The issue in this appeal, therefore, is whether this Court should abolish one rule, existing within a system of rules governing both property and contract law, without any evidence that it creates injustice or any evidence of a change in commercial reality, simply because the historical rationale for the rule is no longer of importance.

II. Factual Background

² By Statement of Claim issued October 14, 1994, the appellant sued the respondent group of beneficial owners for a default on a mortgage registered on February 6, 1989, against property to which Final Note Limited (“Final Note”) held title. The appellant alleged that Final Note executed the mortgage as the beneficial owners’ bare trustee and agent. The mortgage was signed by Final Note’s duly authorized officer under its corporate seal. None of the beneficial owners were parties to

Carl Orbach, c.r., pour les intimés Mohamed Rajani, Shorim Investments, en fiducie, et Shorim Investments Limited, en fiducie.

Valerie A. Edwards, pour les intimés Lionel C. Larry et Robins, Appleby & Taub.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

Selon une règle établie de notre common law, un mandant secret ne peut pas être poursuivi sur le fondement d’un contrat conclu par son mandataire lorsque ce contrat est revêtu d’un sceau (la «règle du contrat par acte scellé»). L’appelante, Friedmann Equity Developments Inc. («FED»), prétend que notre Cour devrait abolir cette règle. L’appelante n’a toutefois pas démontré que l’application de la règle au présent cas entraînerait quelque injustice, ni que cette règle ne correspond plus aux réalités du commerce. Elle affirme plutôt qu’il s’agit d’une règle formaliste, qui ne semble plus avoir de raison d’être aujourd’hui. La question en litige dans le présent pourvoi consiste donc à se demander si notre Cour devrait abolir une règle — qui fait partie d’un ensemble de règles régissant tant le droit des biens que le droit des contrats —, en l’absence de preuve que cette règle est source d’injustice ou que les réalités du commerce ont changé, tout simplement parce que la justification historique de la règle en question a perdu son importance.

II. Les faits

Par voie de déclaration déposée le 14 octobre 1994, l’appelante a intenté une action contre les propriétaires bénéficiaires intimés pour cause de manquement à un acte d’hypothèque enregistré le 6 février 1989 à l’égard d’un bien immobilier dont le titre était détenu par Final Note Limited («Final Note»). L’appelante a plaidé que Final Note avait conclu l’acte d’hypothèque en qualité de simple fiduciaire et de mandataire des propriétaires bénéficiaires. L’acte d’hypothèque a été signé par le

the mortgage. After the appellant brought the action on the covenant in the mortgage, the beneficial owners commenced proceedings against the solicitors (“third parties”) who represented them in the transaction.

The beneficial owners and the third parties brought a motion pursuant to rule 21.01(1)(a) of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, for a determination before trial of a question of law raised by the pleadings. They asked for an order dismissing the action against them on the following ground:

If Final Note did act as agent for the remaining defendants, they are entitled to a dismissal of this action on the basis of the rule that an undisclosed principal cannot be sued by a third party on an indenture executed by an agent under seal.

Borins J. of the Ontario Court (General Division) dismissed the motion. The Divisional Court granted an appeal and dismissed the appellant’s action on the basis of the sealed contract rule. Morden A.C.J.O., on behalf of the Court of Appeal, upheld the decision of the Divisional Court. That decision is the subject of the appeal before this Court.

When a motion is brought pursuant to rule 21.01(1)(a), the only factual materials that may be considered by the court are the pleadings and, in this case, the mortgage in question. For the purpose of addressing the question raised on this appeal, this Court is required to accept as true the allegations in the appellant’s statement of claim, the relevant portions of which are as follows:

2. The Defendant, Final Note Limited (the “Bare Trustee”) is a corporation under the laws of Ontario and is the legal title holder to property municipally known as 100 Tullamore Court, Brampton, Ontario (the “Property”).

représentant dûment autorisé de Final Note, qui y a apposé le sceau de celle-ci. Aucun des propriétaires bénéficiaires n’était partie à l’acte d’hypothèque. Après le dépôt par l’appelante de son action fondée sur l’engagement figurant dans l’acte d’hypothèque, les propriétaires bénéficiaires ont entamé des poursuites contre les avocats (les «tiers») qui les avaient représentés dans cette opération.

Les propriétaires bénéficiaires et les tiers ont, en vertu de la règle 21.01(1)a) des *Règles de procédure civile* de l’Ontario, R.R.O. 1990, règl. 194, présenté une requête demandant que soit décidée, avant l’instruction, une question de droit soulevée par les actes de procédure. Ils ont demandé, pour le motif suivant, une ordonnance rejetant l’action intentée contre eux:

[TRADUCTION] Si Final Note a agi comme mandataire pour les autres défendeurs, ceux-ci ont droit au rejet de la présente action en application de la règle selon laquelle un mandant secret ne peut pas être poursuivi par un tiers en vertu d’un acte conclu par un mandataire et revêtu d’un sceau.

Le juge Borins de la Cour de l’Ontario (Division générale) a rejeté la requête. La Cour divisionnaire a accueilli l’appel formé devant elle et a rejeté l’action de l’appelante en invoquant la règle du contrat par acte scellé. Le juge en chef adjoint Morden, s’exprimant au nom de la Cour d’appel de l’Ontario, a confirmé la décision de la Cour divisionnaire. Cette décision fait l’objet du pourvoi dont est saisie notre Cour.

Lorsqu’une requête est présentée en vertu de la règle 21.01(1)a), les seuls documents qui peuvent être pris en considération par le tribunal sont les actes de procédure et, en l’espèce, l’acte d’hypothèque en cause. Aux fins d’examen de la question soulevée par le présent pourvoi, notre Cour doit tenir pour avérées les allégations contenues dans la déclaration de l’appelante, dont voici les extraits pertinents:

[TRADUCTION]

2. La défenderesse Final Note Limited (le «simple fiduciaire») est une société constituée en vertu des lois de l’Ontario, et elle est détentrice du titre légal sur l’immeuble portant la désignation civique 100, Tullamore Court, Brampton (Ontario) (l’«immeuble»).

3

4

3. The Bare Trustee holds title to the Property as trustee and/or agent for the remaining defendants which are the beneficial owners thereof (the remaining defendants will hereinafter be collectively referred to as the "Owners").

. . .

7. The Plaintiff states that the Bare Trustee was created for the sole purpose of holding title to the Property as Bare Trustee on behalf of the Owners.

8. The Plaintiff states that at no material time did the Bare Trustee have any independent existence either in fact or in law and that at all material times all decisions regarding the Property and the Mortgage were made by the Owners.

. . .

10. Alternatively, the Plaintiff states that at all material times the Bare Trustee acted as agent for the Owners who are at law liable to the Plaintiff under the Mortgage.

The mortgage was executed in the form required under the *Land Registration Reform Act, 1984*, S.O. 1984, c. 32. The mortgage agreement was signed by Abdul Pirani, Vice President of Final Note. Final Note's corporate seal appeared to the right of his signature and name.

III. Judicial History

5

Borins J. noted that there was no disagreement amongst the counsel that an undisclosed principal cannot be sued by a third party on a specialty contract, executed by a trustee or an agent, under seal. There was also no disagreement that in certain circumstances a mortgage, signed by the application of a corporate seal, could constitute a specialty contract under seal. Borins J. found, however, that whether what would ordinarily be a simple contract is transformed into a contract by specialty by its execution under seal could only be determined by examining the intentions of the parties. The parties' intentions could only be determined by a trial judge, upon hearing the evidence surrounding the completion of the contract. Therefore, Borins J. found that it was not plain, obvious and beyond a

3. Le simple fiduciaire détient le titre sur l'immeuble en qualité de fiduciaire, de mandataire, ou les deux, des autres défendeurs, qui en sont les propriétaires bénéficiaires (les autres défendeurs sont désignés collectivement ci-après les «propriétaires»).

. . .

7. La demanderesse déclare que le simple fiduciaire a été créé dans le seul but de détenir le titre sur l'immeuble en qualité de simple fiduciaire pour le compte des propriétaires.

8. La demanderesse déclare qu'à aucun moment pertinent le simple fiduciaire n'a eu une existence distincte en fait ou en droit, et que toutes les décisions relatives à l'immeuble et à l'acte d'hypothèque ont été prises par les propriétaires.

. . .

10. Subsidiairement, la demanderesse déclare que, à tout moment pertinent, le simple fiduciaire a agi à titre de mandataire des propriétaires, qui ont des obligations en droit envers la demanderesse en vertu de l'acte d'hypothèque.

L'acte d'hypothèque a été préparé sous la forme prescrite par la *Land Registration Reform Act, 1984*, S.O. 1984, ch. 32 (ci-après la «Loi de 1984»), et signé par Abdul Pirani, vice-président de Final Note. Le sceau de Final Note figurait à la droite du nom de Pirani et de sa signature.

III. L'historique des procédures judiciaires

Le juge Borins a souligné que les avocats étaient d'accord sur le fait qu'un mandant secret ne peut pas être poursuivi en vertu d'un contrat revêtu d'un sceau conclu par un fiduciaire ou un mandataire. Ils étaient également d'accord sur le fait que, dans certains cas, un acte d'hypothèque signé et revêtu du sceau d'une entreprise peut constituer un contrat par acte scellé. Cependant, le juge Borins a estimé que la question de savoir si un document qui serait normalement un contrat nu devient un contrat formaliste parce qu'il est revêtu d'un sceau ne pouvait être tranchée que par l'examen de l'intention des parties. Cette intention ne pouvait être déterminée que par le juge de première instance, après avoir entendu les témoignages relatifs à la conclusion du contrat. Par conséquent, le juge

doubt that FED could not succeed at trial. He dismissed the motion.

Steele J. granted leave to appeal to the Divisional Court from the decision of Borins J. He found that the mortgage was executed under a corporate seal and that the decision of Borins J. conflicted with the rule that an undisclosed principal cannot be sued by a third party on such a contract. Steele J. found that in some cases the intention of the parties might be relevant to determine whether a simple contract was turned into a specialty by execution under seal. However, in his view, a mortgage was a specialty in itself and the intent of the parties was irrelevant.

Saunders J., on behalf of Keenan and Sharpe JJ., for the Divisional Court, allowed the appeal by the beneficial owners and the third parties: [1997] O.J. No. 642 (Q.L.). Since the indenture of mortgage was executed under seal, it could only have been a specialty debt. In such a situation, there was no room for ascertaining the intent of the parties. Since all the parties agreed that an undisclosed principal could not be sued on a contract executed by an agent or trustee under seal, it was plain and obvious that the action against Final Note should be dismissed.

Morden A.C.J.O., for a unanimous Court of Appeal, dismissed FED's appeal: (1998), 41 O.R. (3d) 712. He maintained that, although the sealed contract rule had been criticized by reason of its technicality, there was no question that it continued to exist.

Having determined that the sealed contract rule continued to be binding, Morden A.C.J.O. proceeded to discuss its application. He rejected the appellant's argument that the rule did not apply to corporate agents. He found that pursuant to the Ontario *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 15, a corporation had the same capacity and powers of a natural person, and that this

Borins a décidé qu'il n'était pas clair et net que FED ne pourrait avoir gain de cause au procès. Il a rejeté la requête.

Le juge Steele a accordé l'autorisation d'appeler à la Cour divisionnaire de la décision du juge Borins. Il a jugé que l'acte d'hypothèque avait été revêtu du sceau d'une société et que la décision du juge Borins était incompatible avec la règle qu'un mandant secret ne peut pas être poursuivi par un tiers en vertu d'un tel contrat. Le juge Steele a estimé que, dans certains cas, l'intention des parties pouvait être pertinente pour déterminer si un contrat nu était devenu un contrat formaliste du fait qu'il avait été revêtu d'un sceau. À son avis, toutefois, un acte d'hypothèque était en soi un contrat par acte scellé, si bien que l'intention des parties n'était pas pertinente.

S'exprimant également au nom des juges Keenan et Sharpe, le juge Saunders de la Cour divisionnaire a accueilli l'appel des propriétaires bénéficiaires et des tiers: [1997] O.J. No. 642 (Q.L.). Étant donné que l'acte d'hypothèque avait été revêtu d'un sceau, il ne pouvait s'agir que d'une créance constatée par acte scellé. Vu la situation, il n'était pas loisible à la cour de chercher à déterminer l'intention des parties. Comme les parties s'entendaient sur le fait qu'un mandant secret ne pouvait pas être poursuivi en vertu d'un contrat par acte scellé conclu par un mandataire ou par un fiduciaire, il était clair et net que l'action intentée contre Final Note devait être rejetée.

Rédigeant la décision unanime de la Cour d'appel, le juge en chef adjoint Morden a rejeté l'appel de FED, indiquant que même si la règle du contrat par acte scellé avait été critiquée en raison de son formalisme, il ne faisait aucun doute qu'elle continuait d'exister: (1998), 41 O.R. (3d) 712.

Ayant conclu que la règle du contrat par acte scellé continuait de lier les tribunaux, le juge en chef adjoint Morden a ensuite examiné son application. Il a rejeté l'argument de l'appellant que la règle ne s'appliquait pas aux sociétés agissant comme mandataires. Il a estimé que, en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 15, une société avait la

6

7

8

9

extended to the application of the sealed contract rule. In addition, he reviewed the cases where the rule had been applied to corporate agents and found that they could not be distinguished from the facts of the case at bar. The appellant had relied upon the decision of Bouck J. of the British Columbia Supreme Court in *Kootenay Savings Credit Union v. Toudy* (1987), 22 B.C.L.R. (2d) 201, as authority for the proposition that the sealed contract rule could not be applied to corporate agents. In that decision, Bouck J. had declined to apply the sealed contract rule to a corporation, citing the fact that the seal had been affixed to the contract pursuant to a statutory requirement. Morden A.C.J.O. distinguished the case on the ground that the seal affixed to the FED mortgage was not mandatory.

même capacité et les mêmes droits qu'une personne physique, et que cela s'étendait à l'application de la règle du contrat par acte scellé. En outre, il a examiné les affaires dans lesquelles la règle avait été appliquée aux sociétés agissant comme mandataires et il a jugé que les faits de ces affaires ne pouvaient être distingués de ceux du présent cas. L'appelante avait invoqué la décision du juge Bouck de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *Kootenay Savings Credit Union c. Toudy* (1987), 22 B.C.L.R. (2d) 201, au soutien de la thèse que la règle du contrat par acte scellé ne pouvait pas être appliquée aux sociétés agissant comme mandataires. Dans cette décision, le juge Bouck avait refusé d'appliquer la règle du contrat par acte scellé à une société, mentionnant le fait que le sceau avait été apposé au contrat en application d'une exigence prévue par une disposition législative. Le juge en chef adjoint Morden a distingué le présent cas de cette affaire en se fondant sur le fait que le sceau apposé à l'acte d'hypothèque de FED n'était pas obligatoire.

10

Morden A.C.J.O. proceeded to consider the appellant's claim that there was an exception to the sealed contract rule that allowed an undisclosed principal to sue on a contract under seal despite the fact that such a principal could not be sued on the same contract. To support this claim, the appellant cited the decision of the English Court of Appeal in *Harmer v. Armstrong*, [1934] Ch. 65. The case involved a situation where the trustee had initially refused to enforce the contract under seal against the defendants. The plaintiff beneficiaries were allowed to bring an action against the agent and the third party defendants. Morden A.C.J.O., however, noted that it was an important part of the reasoning of at least two of the three members of the Court of Appeal in that case that the contract was being enforced in favour of the agent and not in favour of the plaintiff beneficiaries. The case was clearly distinguishable from the one at bar, wherein one of the contracting parties sought to enforce the contract directly against the beneficiary/principal without involving the trustee/agent.

Le juge en chef adjoint Morden a ensuite examiné la prétention de l'appelante qu'une exception à la règle du contrat par acte scellé permet à un mandant secret de former une action sur le fondement d'un tel contrat malgré le fait qu'il ne puisse lui-même être poursuivi en vertu de celui-ci. Au soutien de cette prétention, l'appelante a invoqué l'arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre *Harmer c. Armstrong*, [1934] Ch. 65. Dans cette affaire, le fiduciaire avait d'abord refusé de demander l'exécution du contrat par acte scellé par les défendeurs. On a permis aux demandeurs bénéficiaires d'intenter une action contre le mandataire et les tiers défendeurs. Toutefois, le juge en chef adjoint Morden a souligné qu'une partie importante du raisonnement suivi par au moins deux des trois membres de la Cour d'appel dans cette affaire était que l'on demandait l'exécution du contrat en faveur du mandataire et non en faveur des bénéficiaires demandeurs. Cette affaire pouvait clairement être distinguée de celle qui nous occupe, où l'une des parties contractantes demandait l'exécution du contrat directement à l'encontre du bénéficiaire/mandant sans mettre en cause le fiduciaire/mandataire.

Morden A.C.J.O. then turned to the issue of the intent of the parties in affixing Final Note's corporate seal to the mortgage. Section 13(1) of the *Land Registration Reform Act, 1984* states that any document which transfers an interest in land need not be executed under seal and that those documents which are not executed under seal have the same effect for all purposes as if executed under seal. In his view, the section had the effect of making the covenant to pay in the mortgage a covenant under seal for all purposes, including the application of the sealed contract rule. The provision, in his view, went beyond providing the requirements for the registration of documents under the Act and had a substantive effect. The underlying rationale of the provision was to preserve the common law substantive consequences associated with traditional forms of mortgages and conveyances. In light of this, he found that the intent with which the corporate seal was affixed was not relevant and that the provision had the effect of making the sealed contract rule applicable to the covenant to pay in the mortgage.

Morden A.C.J.O. rejected the appellant's policy arguments for abolishing the sealed contract rule. In his opinion, while the rule had been criticized, it did form part of the law. Presumably, parties would take the rule into account in structuring their transactions and would know, by the very form of the document, who would have rights and obligations under it. To repeal the rule would have the effect of unfairly frustrating the intentions of the parties.

IV. Legislation

Land Registration Reform Act, 1984, S.O. 1984, c. 32 (now *Land Registration Reform Act*, R.S.O. 1990, c. L.4)

13. — (1) Despite any statute or rule of law, a transfer or other document transferring an interest in land, a charge or discharge need not be executed under seal by

Le juge en chef adjoint Morden s'est ensuite demandé quelle avait été l'intention des parties en apposant le sceau de Final Note sur l'acte d'hypothèque. Le paragraphe 13(1) de la Loi de 1984 précise que les documents cédant un droit sur un bien-fonds n'ont pas à être revêtus d'un sceau et que les documents non scellés ont la même valeur que ceux qui le sont. Selon le juge Morden, cette disposition a eu pour effet de transformer l'engagement à payer contenu dans l'acte d'hypothèque en engagement par acte scellé à tous égards, y compris pour l'application de la règle du contrat par acte scellé. À son avis, cette disposition ne faisait pas qu'énumérer les conditions d'enregistrement des documents en vertu de la Loi, mais elle avait aussi des effets substantiels. Sa raison d'être était la préservation des effets substantiels, en common law, associés aux formes traditionnelles d'actes d'hypothèque et de cession. À la lumière de ces constatations, il a jugé que l'intention dans laquelle le sceau de la société avait été apposé n'était pas une considération pertinente et que la disposition avait pour effet de rendre la règle du contrat par acte scellé applicable à l'engagement à payer figurant dans l'acte d'hypothèque.

Le juge en chef adjoint Morden a rejeté les arguments de principe invoqués par l'appelante à l'appui de l'abolition de la règle du contrat par acte scellé. À son avis, bien que la règle ait été critiquée, elle faisait partie du droit. Il faut présumer que les parties tiennent compte de cette règle lorsqu'elles structurent leurs opérations, et qu'elles savent, en raison de la forme même du document, quels sont les droits et obligations de chacun en vertu de celui-ci. Abolir la règle aurait pour effet de faire injustement obstacle à l'intention des parties.

IV. Les dispositions législatives

Land Registration Reform Act, S.O. 1984, ch. 32 (maintenant *Loi portant réforme de l'enregistrement immobilier*, L.R.O. 1990, ch. L.4)

[TRADUCTION]

13 (1) Malgré toute loi ou règle de droit, les cessions ou autres documents qui cèdent un droit sur un bien-fonds, ainsi que les charges et mainlevées de charge,

11

12

13

any person, and such a document that is not executed under seal has the same effect for all purposes as if executed under seal.

(2) Subsection (1) applies to a guarantee in a charge.

V. Analysis

14

The appellant, FED, has asked this Court to abolish the sealed contract rule. It contends that the rule has no present principled justification and that it has been criticized by academics and some courts. In addition, the appellant submits that the rule is unjust and unfair. With respect, I disagree with the appellant's submissions. In my view, there is no evidence that the sealed contract rule creates injustice or that it is inconsistent with commercial reality. The sealed contract rule is part of a system of property and contract rules which provide certainty in commercial relations. To change or abolish one rule within that system would inevitably create uncertainty with regard to the other rules. Courts should not interfere with such rules without clear evidence that it is necessary to change the law to be in step with commercial reality and clear evidence that a change in the rule will not have unwarranted far-reaching ramifications.

A. *The Undisclosed Principal*

15

When a third party contracts with an agent and the contract is not under seal, the principal has the same rights and liabilities under the contract whether he or she was disclosed to the third party and despite the fact that his or her name did not appear on the face of the contract. Therefore, undisclosed principals can sue and be sued in their own name on any simple contracts made on their behalf by their agents as long as those agents have acted within the scope of their delegated authority in so doing.

16

The rule which allows an undisclosed principal to sue or be sued on a simple contract has been criticized. Some argue that the doctrine is anomalous and that it violates some of the basic tenets of

n'ont pas à être revêtues du sceau de quiconque. Ces documents sans le sceau valent ceux qui en sont revêtus.

(2) Le paragraphe (1) s'applique aux garanties stipulées dans une charge.

V. L'analyse

L'appelante, FED, demande à notre Cour d'abolir la règle du contrat par acte scellé, affirmant que la règle n'est plus justifiée du point de vue des principes et qu'elle a été critiquée par des auteurs et par certains tribunaux. En outre, l'appelante prétend que la règle est injuste et inéquitable. En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec les arguments de l'appelante. À mon avis, il n'y a aucune preuve que la règle du contrat par acte scellé soit source d'injustice ou qu'elle soit incompatible avec les réalités du commerce. Cette règle fait partie d'un ensemble de règles du droit des biens et du droit des contrats qui contribuent à assurer la certitude dans les relations commerciales. Modifier ou abolir une règle donnée créerait inévitablement de l'incertitude à l'égard des autres règles. Les tribunaux ne doivent pas toucher à ces règles en l'absence de preuve évidente qu'il est nécessaire de modifier le droit pour l'adapter aux réalités du commerce et que la modification d'une règle n'aura aucune conséquence profonde et qui ne serait pas justifiée.

A. *Le mandant secret*

Lorsqu'un tiers contracte avec un mandataire et que le contrat n'est pas revêtu d'un sceau, le mandant a les mêmes droits et obligations en vertu de ce contrat, que son existence ait été divulguée ou non au tiers, bien que son nom ne soit pas inscrit sur le contrat. Par conséquent, les mandants secrets peuvent ester en justice en leur propre nom en vertu de tout contrat nu conclu pour leur compte par leurs mandataires, dans la mesure où ceux-ci ont alors agi dans les limites des pouvoirs qui leur avaient été délégués.

La règle qui permet à un mandant secret d'ester en justice en vertu d'un contrat nu a été critiquée. Certains prétendent que cette théorie est injustifiée et qu'elle contrevient à certains préceptes fonda-

the laws of contract and of agency: see, e.g., J. B. Ames, "Undisclosed Principal — His Rights and Liabilities" (1909), 18 *Yale L.J.* 443; M. Schiff, "The Undisclosed Principal: An Anomaly in the Laws of Agency and Contract" (1983), 88 *Com. L.J.* 229. Critics of the rule argue that contracts are premised upon the agreement of two or more persons to be bound to each other and to the terms pursuant to which they will be so bound. It appears to be inconsistent with this fundamental principle to bind the third parties to principals with whom they did not contract.

While some commentators have criticized the rule relating to undisclosed principals, other commentators have argued that the rule is consistent with commercial reality. Although the undisclosed principal may not be named in the contract, he or she does exist in fact and directs the agent. The agent is simply the instrument through which the principal acts. Since the principal controls the agent and receives the benefit of the contract with the third party, there does not appear to be any injustice in making the principal directly answerable to the third party or in allowing the principal to enforce the contract against the third party. The rule simply gives effect to what exists in fact, even if that fact is not reflected in the contract: see *Keighley Maxsted & Co. v. Durant*, [1901] A.C. 240 (H.L.), at p. 261, *per* Lindley L.J.; E. J. Weinrib, "The Undisclosed Principle of Undisclosed Principals" (1975), 21 *McGill L.J.* 298.

Regardless of the criticism of the rule, it is firmly established that undisclosed principals may sue or be sued on simple contracts entered into by their agents. Parties are presumed to be aware of the possibility that those with whom they are bargaining are acting on behalf of an unnamed principal. The parties to a contract can avoid the application of the rule, either by including an express term in the contract which limits liability to the parties named in the contract itself, or by executing the contract under seal.

mentaux du droit des contrats et du droit des mandats; voir, par exemple, J. B. Ames, «Undisclosed Principal — His Rights and Liabilities» (1909), 18 *Yale L.J.* 443; M. Schiff, «The Undisclosed Principal: An Anomaly in the Laws of Agency and Contract» (1983), 88 *Com. L.J.* 229. Ceux qui critiquent la règle affirment que les contrats reposent sur l'accord qui intervient entre au moins deux personnes et par lequel celles-ci conviennent d'être liées l'une envers l'autre et des conditions auxquelles elles seront ainsi liées. Il paraît incompatible avec ce principe fondamental de lier les tiers envers des mandants avec lesquels ils n'ont pas contracté.

Alors que certains auteurs ont critiqué la règle relative aux mandants secrets, d'autres ont prétendu qu'elle est compatible avec les réalités du commerce. Bien que le mandant secret ne soit pas nommé dans le contrat, il existe néanmoins concrètement et il donne des instructions au mandataire. Ce dernier est simplement l'instrument par lequel le mandant agit. Étant donné que le mandant dirige le mandataire et bénéficie des avantages du contrat conclu avec le tiers, il ne paraît y avoir aucune injustice à rendre le mandant directement responsable envers le tiers ou à lui permettre d'obliger celui-ci à respecter le contrat. La règle ne fait que donner effet à la situation qui existe dans les faits, même si cette situation ne se reflète pas dans le contrat: voir *Keighley Maxsted & Co. c. Durant*, [1901] A.C. 240 (H.L.), à la p. 261, le lord juge Lindley; E. J. Weinrib, «The Undisclosed Principle of Undisclosed Principals» (1975), 21 *McGill L.J.* 298.

Malgré les critiques dont fait l'objet la règle, il est fermement établi que les mandants secrets peuvent ester en justice en vertu des contrats nus conclus par leurs mandataires. Les parties sont présumées être au fait de la possibilité que ceux avec qui elles font des affaires agissent pour le compte d'un mandant non désigné nommément. Les parties à un contrat peuvent éviter l'application de la règle soit en intégrant au contrat une stipulation expresse limitant la responsabilité aux parties nommément désignées dans le contrat lui-même, soit en revêtant le contrat d'un sceau.

17

18

B. *The Sealed Contract Rule*

19

The practice of sealing documents is one which is centuries old and which predates much of our modern legal history. Originally, it was used as a means of authenticating a document when most individuals were unable to sign their names. However, as time passed, the seal became a symbol of the solemnity of a promise and began to serve an evidentiary function. The seal rendered the terms of the underlying transaction indisputable, and thus rendered additional evidence unnecessary: see L. Fuller, "Consideration and Form" (1941), 41 *Colum. L. Rev.* 799, at p. 802. A contract under seal derived, and still derives, its validity from the form of the document itself: see, e.g., *Nalbandian v. Hanson Restaurant & Lounge, Inc.*, 338 N.E.2d 335 (Mass. 1975), at p. 337; Ontario Law Reform Commission, *Report on Amendment of the Law of Contract* (1987), at p. 35; Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Deeds and Seals* (1988), at p. 8.

20

Because a contract under seal derives its validity from its form alone, there are several incidents of such a contract which differ from those of a simple contract. The fundamental difference between contracts under seal and simple contracts is in relation to the doctrine of consideration. The law will enforce a contract under seal even without consideration. Therefore, a gratuitous promise which is expressed in an instrument under seal is enforceable. There are other incidents of a contract under seal, which may be summarized as follows:

1. Where a debtor covenants in a deed to pay a debt antecedently based in simple contract, the right to sue in debt merges in the right to sue on the covenant and is extinguished in law.
2. In an action on a deed, a statement in the deed may operate by way of estoppel against the maker of the statement.
3. At common law, only a person named in an instrument under seal as a party to it could sue on a

B. *La règle du contrat par acte scellé*

La pratique qui consiste à apposer un sceau sur des documents date de plusieurs siècles et est antérieure à la majeure partie de notre histoire juridique moderne. Au départ, elle servait à authentifier les documents, à une époque où la plupart des gens étaient incapables de signer leur nom. Cependant, au fil du temps, le sceau est devenu un symbole du caractère solennel d'une promesse et il a commencé à jouer un rôle d'élément de preuve. Il conférait un caractère incontestable aux conditions de l'opération en cause et, de ce fait, rendait inutile tout élément de preuve supplémentaire; voir L. Fuller, «Consideration and Form» (1941), 41 *Colum. L. Rev.* 799, à la p. 802. Un contrat par acte scellé tirait, et tire encore, sa validité de la forme même du document: voir, par exemple, *Nalbandian c. Hanson Restaurant & Lounge, Inc.*, 338 N.E.2d 335 (Mass. 1975), à la p. 337; Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Amendment of the Law of Contract* (1987), à la p. 35; Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Deeds and Seals* (1988), à la p. 8.

Puisqu'un contrat par acte scellé tire sa validité de sa forme même, les effets d'un tel contrat diffèrent à plusieurs égards de ceux d'un contrat nu. La différence fondamentale entre les contrats par acte scellé et les contrats nus découle de la règle de la contrepartie. Le droit considère qu'un contrat par acte scellé est susceptible d'exécution même en l'absence de contrepartie. Par conséquent, une promesse gratuite exprimée dans un acte scellé est exécutoire. Un contrat par acte scellé comporte d'autres effets, qui peuvent être résumés ainsi:

1. Lorsque, dans un acte, un débiteur s'engage à payer une dette qui reposait jusque-là sur un contrat nu, le droit d'action découlant de la créance se fond au droit d'action découlant de l'engagement et il est éteint en droit.
2. Dans une action fondée sur un acte formaliste, une déclaration faite dans cet acte peut avoir un effet de préclusion contre son auteur.
3. En common law, seule une personne nommément désignée comme partie dans un instrument

covenant in the instrument expressed to be for his benefit.

4. The limitation period for an action for a breach of a contract under seal may be longer than for a simple contract in some provinces.

See A. Herschorn, "Documents Under Seal: Consequences and Complications" (1989), 10 *Advocates' Q.* 129, at p. 130; *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1998), vol. 9(1), at para. 617; *Limitations Act*, R.S.O. 1990, c. L.15, s. 45(1)(b); *Limitation of Actions Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-8, s. 2; *Limitation of Actions Act*, R.S.N.S. 1989, c. 258, s. 2(1)(c); *Statute of Limitations*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-7, s. 13. The sealed contract rule at issue in this case, namely that only the parties to a contract under seal may sue or be sued on it, thus exists within a system of rules which apply to sealed contracts.

I agree with Morden A.C.J.O. that the sealed contract rule is clearly a part of the common law of Canada. The rule was first described by this Court in *Porter v. Pelton* (1903), 33 S.C.R. 449. In that case, Porter had given an option to Pelton to purchase his gold mines and to develop them. Porter was unaware that Pelton was Holden's partner and that the option was taken for the benefit of the partnership, by Holden's directions. Pelton eventually decided to purchase the property. He paid part of the purchase price and signed an agreement under seal that he would organize a company to mine the area and give Porter stock in the company for the balance of the purchase price. The company did some work on the mine but ceased operations before paying the rest of the purchase money to Porter. Porter sued both Pelton and Holden. Nesbitt J. found as follows, at p. 455:

The cases for over a century establish the rule of law firmly that where partners contract under seal they are bound by the form of the instrument, and where parties

revêtu d'un sceau peut intenter des poursuites en invoquant un engagement stipulé en sa faveur dans l'acte.

4. Dans certaines provinces, la prescription applicable aux actions fondées sur l'inexécution d'un contrat par acte scellé peut être plus longue que celle applicable aux contrats nus.

Voir A. Herschorn, «Documents Under Seal: Consequences and Complications» (1989), 10 *Advocates' Q.* 129, à la p. 130; *Halsbury's Laws of England* (4^e éd. 1998), vol. 9(1), au par. 617; *Loi sur la prescription des actions*, L.R.O. 1990, ch. L.15, al. 45(1)b); *Loi sur la prescription*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-8, art. 2; *Limitation of Actions Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 258, al. 2(1)c); *Statute of Limitations*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-7, art. 13. La règle du contrat par acte scellé en cause en l'espèce — savoir le fait que seules les parties à un contrat scellé peuvent ester en justice en vertu de ce contrat — s'inscrit donc dans un ensemble de règles applicables à ces contrats.

Je partage l'avis du juge en chef adjoint Morden que la règle du contrat par acte scellé fait clairement partie de la common law canadienne. Cette règle a été décrite pour la première fois par notre Cour dans *Porter c. Pelton* (1903), 33 R.C.S. 449. Dans cette affaire, Porter avait accordé à Pelton la faculté d'acheter ses mines d'or et de les exploiter. Porter ne savait pas que Pelton était l'associé de Holden et que la faculté avait été acceptée pour le bénéfice de la société de personnes, selon les instructions de Holden. Pelton a décidé par la suite d'acheter les biens-fonds en question. Il a payé une partie du prix d'achat et a signé une entente par acte scellé dans laquelle il s'engageait à constituer une société en vue d'exploiter le secteur minier visé et à donner à Porter des actions de cette société en règlement du solde du prix d'achat. La société a effectué quelques travaux d'exploitation de la mine, mais elle a cessé ses activités sans payer à Porter le solde du prix d'achat. Ce dernier a poursuivi et Pelton et Holden. Le juge Nesbitt a tiré la conclusion suivante, à la p. 455:

[TRADUCTION] Depuis plus d'un siècle, les tribunaux ont établi fermement la règle de droit selon laquelle les associés qui concluent une entente par acte scellé sont

so signing are merely acting as agents and are so described, only the parties signing can be bound. A principal or partner cannot be bound unless he has given authority for his signature under seal, and is designated as a party to the deed.

The Court thus denied recovery against Holden.

22

This Court next had the opportunity to consider the sealed contract rule in *Margolius v. Diesbourg*, [1937] S.C.R. 183. In this case, Kellner had contracted with Margolius to buy 200,000 gallons of whiskey. The contract between the two men was executed under seal. After agreeing to sell the whiskey to Kellner, Margolius learned that Kellner had been acting on behalf of his principal, Diesbourg. The contract was breached and Margolius attempted to sue both Kellner and Diesbourg. The Court found that the action was not maintainable against Diesbourg. At p. 189, Davis J. found as follows:

It has long been settled that no person can sue or be sued in an action at law upon a contract under seal, unless the person is a party to the contract.

He cited with approval the following statement from *Pollock on Contracts* (10th ed. 1936), at pp. 97-98:

When a deed is executed by an agent as such but purports to be the deed of the agent and not of the principal, then the principal cannot sue or be sued upon it at law, by reason of the technical rule that those persons only can sue or be sued upon an indenture who are named or described in it as parties.

23

The most recent decision of this Court to consider the sealed contract rule is *Whisper Holdings Ltd. v. Zamikoff*, [1971] S.C.R. 933. The case involved two contracts under seal governing the purchase of land in Toronto by four partners. One contract divided the land amongst the partners. The second contract detailed the consequences should a partner default on his or her obligations pursuant to the agreement. The second contract reflected the fact that, following the execution of the first con-

liés par la forme de l'acte et, lorsque les parties signataires agissent simplement à titre de mandataires et y sont ainsi décrites, seules les parties signataires peuvent être liées. Un mandant ou un associé ne peut être lié à moins qu'il n'ait autorisé l'apposition de sa signature dans un acte scellé et qu'il ne soit désigné comme partie à l'acte.

La Cour a donc conclu à l'absence de recours contre Holden.

Par la suite, notre Cour a eu l'occasion d'examiner à nouveau la règle du contrat par acte scellé dans *Margolius c. Diesbourg*, [1937] R.C.S. 183. Dans cette affaire, Kellner avait contracté avec Margolius en vue d'acheter 200 000 gallons de whisky. Les deux hommes avaient signé un contrat par acte scellé. Après avoir accepté de vendre le whisky à Kellner, Margolius avait appris que Kellner agissait pour le compte de son mandant, Diesbourg. Il y a eu inexécution du contrat et Margolius a formé une action contre Kellner et Diesbourg. Notre Cour a jugé irrecevable l'action intentée contre Diesbourg. À la page 189, le juge Davis a tiré la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Il est établi depuis longtemps que nul ne peut ester en justice en vertu d'un contrat par acte scellé à moins d'être partie à ce contrat.

Il a ensuite cité en l'approuvant le passage suivant de *Pollock on Contracts* (10^e éd. 1936), aux pp. 97 et 98:

[TRADUCTION] Lorsqu'un acte est conclu par un mandataire à ce titre, mais que cet acte se veut l'acte du mandataire et non celui du mandant, ce dernier ne peut pas ester en justice en vertu de cet acte en raison de la règle formaliste selon laquelle seules les personnes qui sont nommées ou décrites comme parties à un acte peuvent ester en justice en vertu de celui-ci.

L'arrêt le plus récent de notre Cour dans lequel la règle du contrat par acte scellé a été examinée est *Whisper Holdings Ltd. c. Zamikoff*, [1971] R.C.S. 933. Cette affaire portait sur deux contrats par acte scellé visant l'achat de terrains à Toronto par quatre associés. Le premier contrat pourvoyait au partage des terrains entre les associés. Le second exposait en détail les effets des manquements par les associés aux obligations leur incombant en vertu de l'accord. Ce second contrat

tract four years earlier, one partner was replaced by his daughter and another partner was replaced by a holding company. The daughter and the holding company were included as parties in the final deed of transfer of the land and both of them executed a mortgage on the land. The holding company defaulted on its obligations under the agreement and the other partners asked the company to leave the partnership and forfeit all rights to the land. The land increased in value, and the holding company alleged that it continued to have an interest in it. Spence J. stated the sealed contract rule as follows, at pp. 941-42:

It is, of course, well established that when an instrument is executed under seal only those who are expressed in it to be parties thereto can sue or be sued on a covenant contained in the said instrument. No further authority is required than *Porter v. Pelton & Holden* . . .

The Court, however, also found that the circumstances following the execution of the original agreements showed beyond any doubt that there was a novation of the contracts, where all partners old and new agreed to the replacement of two of the partners. The holding company, therefore, was bound by the provisions of the first two contracts despite the operation of the sealed contract rule.

While the statement by the Court of the sealed contract rule in *Whisper Holdings*, *supra*, is *dictum* because of the Court's final determination that there was a novation of the contract, I agree with Morden A.C.J.O. that the statement is an authoritative statement of the law. Laskin J.A. (as he then was) had made the following statement with respect to the sealed contract rule in his separate concurring reasons in the same case at the Court of Appeal: see *Re Zamikoff v. Lundy* (1970), 9 D.L.R. (3d) 637, at p. 648:

Failing any principle that time and rethinking may result in the desuetude, or at least justify reconsideration of a proposition that the Supreme Court has not reassessed or reaffirmed for more than half a century, I must

découlait du fait que, après la signature du premier contrat quatre ans plus tôt, un associé avait été remplacé par sa fille alors qu'un autre l'avait été par une société de gestion. La fille et la société de gestion ont été inscrites comme parties dans l'acte définitif de cession des terrains, et ces deux parties ont consenti une hypothèque sur les terrains. La société de gestion a manqué aux obligations que lui faisait l'accord, et les autres associés lui ont demandé de se retirer de la société de personnes et de renoncer à tous ses droits sur les terrains. La valeur des terrains a augmenté et la société de gestion a prétendu qu'elle avait toujours un droit sur ceux-ci. Voici comment le juge Spence a énoncé la règle du contrat par acte scellé, aux pp. 941 et 942:

Évidemment, il est bien établi que quand un acte est signé et scellé, seules les parties qui y figurent peuvent poursuivre ou être poursuivies à l'égard d'une obligation contenue dans ledit acte. Point n'est besoin de se reporter à d'autres précédents que l'affaire *Porter c. Pelton & Holden* . . .

Cependant, notre Cour a également jugé que les faits survenus après la conclusion des accords initiaux démontraient hors de tout doute que ces contrats avaient opéré une novation par laquelle tous les associés antérieurs et actuels avaient convenu du remplacement de deux des associés. La société de gestion était donc liée par les dispositions des deux premiers contrats malgré l'application de la règle du contrat par acte scellé.

Bien que la déclaration faite par notre Cour au sujet de la règle du contrat par acte scellé dans l'arrêt *Whisper Holdings*, précité, soit une opinion incidente compte tenu de la décision définitive de notre Cour qu'il y avait eu novation, je partage l'avis du juge en chef adjoint Morden que cet arrêt fait autorité en tant qu'exposé du droit applicable. Le juge Laskin de la Cour d'appel (plus tard Juge en chef de notre Cour) avait fait la déclaration suivante relativement à la règle du contrat par acte scellé dans les motifs concordants qu'il avait exposés dans la même affaire: voir *Re Zamikoff c. Lundy* (1970), 9 D.L.R. (3d) 637, à la p. 648:

[TRADUCTION] En l'absence de quelque principe voulant que le temps et la réflexion puissent à eux seuls faire tomber en désuétude une proposition que la Cour suprême n'a ni réévaluée ni reconfirmée depuis plus

accept the rule in *Porter v. Pelton*. But at the same time, I must say that the quoted paragraph no longer represents the English law in so far as it refers to the position of a *cestui que trust* with respect to a covenant made on his behalf by a trustee: see *Harmer v. Armstrong*, [1934] Ch. 65. Again, it probably no longer represents the English Law even in the case of an undisclosed principal who purports to sue on a sealed contract, at least where an equitable remedy is being sought; there is some warrant for *Snell on Equity*, 26th ed., p. 643, to view *Harmer v. Armstrong* as a case of agency no less than one of trust.

What is left of the old common law rule in England is a shell at best; and since, admittedly, it was originally founded on a formalistic view of the contract under seal which has ceased to terrify, there is no reason of substance for prolonging its life. It has ceased to be operative in most of the States of the United States; see *I. A. Corbin on Contracts*, s. 255, p. 448.

Spence J. restated the sealed contract rule despite the invitation from Laskin J.A. to reconsider it. In this context, the statement of the rule, even in *dictum*, is strong authority for the proposition that the rule is still very much a part of the common law in Canada. The rule has been cited as part of the common law in several decisions since *Whisper Holdings*: see, e.g., *Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank* (1987), 46 D.L.R. (4th) 37 (Alta. Q.B.); *Napev Construction Ltd. v. Lebedinsky* (1984), 7 C.L.R. 57 (Ont. H.C.); *Tri-S Investments Ltd. v. Vong*, [1991] O.J. No. 2292 (QL) (Gen. Div.); *Edelstein Construction Ltd. v. Fire Pit Inc.* (1996), 30 O.R. (3d) 383 (C.A.). The sealed contract rule is clearly still a part of the common law in Canada.

C. *The Harmer v. Armstrong Decision*

25

Despite the recognition of the sealed contract rule by this Court and other courts across the country, the appellant has asked this Court to abolish it. The appellant contends, amongst other claims, that the rule is now internally inconsistent. Following

d'un demi-siècle, ou à tout le moins en justifier le réexamen, je dois accepter la règle énoncée dans *Porter c. Pelton*. Il me faut cependant dire que le paragraphe cité ne décrit plus l'état du droit anglais quant à la situation du bénéficiaire d'une fiducie relativement à un engagement donné en son nom par un fiduciaire: voir *Harmer c. Armstrong*, [1934] Ch. 65. De même, il ne décrit probablement plus l'état du droit anglais, même dans le cas du mandant secret qui a l'intention d'intenter une poursuite fondée sur un contrat par acte scellé, du moins lorsqu'il demande un redressement en *equity*; ce n'est pas sans raison que, dans *Snell on Equity*, 26^e éd., à la p. 643, on considère *Harmer c. Armstrong* autant comme une affaire de mandat que comme une affaire de fiducie.

Ce qui reste de l'ancienne règle de common law en Angleterre est tout au plus une coquille vide; et étant donné, il faut le reconnaître, qu'elle était fondée à l'origine sur une interprétation formaliste du contrat par acte scellé qui a cessé d'avoir cours, il n'y a aucune raison substantielle de prolonger son existence. Elle a d'ailleurs cessé d'être appliquée dans la plupart des États américains; voir *I. A. Corbin on Contracts*, art. 255, p. 448.

Le juge Spence a reconfirmé la règle du contrat par acte scellé, malgré le fait que le juge Laskin de la Cour d'appel invitait au réexamen de cette règle. Dans ce contexte, l'énoncé de la règle, même à titre d'opinion incidente, étaye fermement la proposition que celle-ci continue de faire partie de la common law au Canada. Depuis l'arrêt *Whisper Holdings*, plusieurs tribunaux ont déclaré que la règle fait partie de la common law: voir, par exemple, *Canada Deposit Insurance Corp. c. Canadian Commercial Bank* (1987), 46 D.L.R. (4th) 37 (B.R. Alb.); *Napev Construction Ltd. c. Lebedinsky* (1984), 7 C.L.R. 57 (H.C. Ont.); *Tri-S Investments Ltd. c. Vong*, [1991] O.J. No. 2292 (QL) (Div. gén.); *Edelstein Construction Ltd. c. Fire Pit Inc.* (1996), 30 O.R. (3d) 383 (C.A.). La règle du contrat par acte scellé fait encore clairement partie de la common law au Canada.

C. *L'affaire Harmer c. Armstrong*

Malgré la reconnaissance de l'application de la règle du contrat par acte scellé par notre Cour et par d'autres tribunaux un peu partout au pays, l'appelante demande à notre Cour de l'abolir. L'appelante prétend notamment que la règle souffre main-

the decision of *Harmer v. Armstrong*, *supra*, the appellant claims that the rule no longer bars a principal from suing a third party on a contract entered into under seal for his or her benefit. As a result, the appellant argues, it is unjust not to allow the third party to sue the principal. To support this claim, the appellant cites the following passage from *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (13th ed. 1996), at p. 495:

The technical [sealed contract] rule, however, is subject to this limitation, that if the agent enters into a sealed contract as *trustee* for the principal, whether the trust is disclosed on the face of the contract or not, and he refuses to enforce it against the other party, then the principal, *qua* beneficiary, may himself enforce any proprietary right to which he is entitled by bringing an action against the third party and the agent. It would seem to follow that in such a case the principal is equally liable to be sued by the third party. [Emphasis in original.]

If the final sentence of the passage is correct, the sealed contract rule would no longer exist.

With respect, the passage cited above interprets the decision in *Harmer* beyond its original scope. The case involved a breach of trust. Armstrong was interested in purchasing some publications and approached Harmer and another potential investor to contribute a large portion of the purchase price. The investors agreed to contribute four-fifths of the price and authorized Armstrong to make an offer to purchase the papers. An agreement under seal was reached between the vendor and Armstrong to purchase the periodicals. Armstrong, however, asserted that he was the sole purchaser and, shortly after, asked to be released from his agreement to purchase. The vendor subsequently sold the papers to another purchaser. Harmer sued both Armstrong and the vendor for specific performance of the agreement. At trial, Maugham J. found that Harmer was not entitled to a judgment for specific performance because the contract was under seal and he was not a party to it.

tenant d'une incohérence interne. En effet, d'affirmer l'appelante, par suite de la décision *Harmer c. Armstrong*, précitée, la règle n'empêche plus un mandant de poursuivre un tiers en vertu d'un contrat par acte scellé conclu en sa faveur. En conséquence, plaide l'appelante, il est injuste de ne pas permettre à ce tiers de poursuivre le mandant. Au soutien de sa prétention, l'appelante invoque l'extrait suivant tiré de *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (13^e éd. 1996), à la p. 495:

[TRADUCTION] La règle formaliste [du contrat par acte scellé] est cependant assujettie à la réserve suivante: si le mandataire conclut un contrat par acte scellé à titre de *fiduciaire* du mandant – que l'existence de la fiducie soit divulguée ou non dans le contrat –, et s'il refuse d'obliger l'autre partie à respecter ce contrat, le mandant peut lui-même, à titre de bénéficiaire, faire valoir tout droit de propriété lui appartenant en intentant une action contre le tiers et le mandataire. Il semblerait donc s'ensuivre que, dans un tel cas, le mandant peut à son tour être poursuivi par le tiers. [En italique dans l'original.]

Si la dernière phrase de cet extrait était exacte, la règle du contrat par acte scellé n'existerait plus.

En toute déférence, le passage précité interprète l'arrêt *Harmer* en lui donnant une portée qui déborde le cadre de cette décision. En effet, cette affaire portait sur l'inexécution d'un contrat de fiducie. Armstrong, qui désirait acheter certaines publications, a demandé à Harmer et à un autre investisseur potentiel d'avancer une large part du prix d'achat. Les investisseurs ont accepté d'avancer les 4/5 du prix et ont autorisé Armstrong à faire une offre d'achat visant ces publications. Une convention d'achat par acte scellé est intervenue entre le vendeur et Armstrong. Cependant, Armstrong avait affirmé être le seul acheteur et, peu après, il a demandé à être libéré de son obligation d'acheter. Le vendeur a par la suite vendu les publications à un autre acheteur. Harmer a poursuivi Armstrong et le vendeur en vue d'obtenir l'exécution en nature de la convention. Au procès, le juge Maugham a conclu que Harmer ne pouvait pas obtenir un jugement ordonnant l'exécution en nature du contrat parce que celui-ci était un acte scellé et qu'il n'y était pas partie.

27

All three of the judges on appeal of the decision of Maugham J. agreed with his finding that Armstrong had entered into the agreement to purchase the periodicals as a trustee for Harmer and the other investor. They also agreed that Armstrong had breached that trust in seeking to be released from the agreement. Lord Hanworth M.R. found that when a trust relationship existed, the trustee could take steps on behalf of the beneficiary to enforce the performance of a contract by the other contracting party. If the trustee, however, refused to do so, the beneficiary could sue, but was required to join the trustee as a defendant. Lord Hanworth M.R. explained that the rule was designed to eliminate procedural difficulties and circuity of action. It would have been possible for Harmer to initiate a separate proceeding to have it declared that Armstrong was his trustee. Upon receiving this declaration, he could seek leave to sue in Armstrong's name when Armstrong refused to enforce his rights. Harmer could then bring an action against the vendors for specific performance. By allowing Harmer to sue the trustee and the vendor, the court could prevent the multiple proceedings.

28

Lawrence L.J., in his reasons, emphasized that the rule which would allow Harmer to join Armstrong as a defendant was an equitable rule, distinct from the common law sealed contract rule. Both rules were equally established and authoritative in the law. He explained the equitable rule as follows, at p. 88:

Whenever a party under a contract, at the date when he enters into it is . . . a trustee for a third party that party has a right conferred upon him by way of property to sue on the contract whether the contract be under seal or not and can, according to well settled principles, enforce that right in equity, joining the trustee as a defendant to the action. The right of a beneficiary in such a case as the present, however, is to enforce the agreement according to its tenor, that is to say in favour of the

Les trois juges siégeant en appel de la décision du juge Maugham ont souscrit à la conclusion de ce dernier selon laquelle Armstrong avait signé la convention d'achat des périodiques à titre de fiduciaire de Harmer et de l'autre investisseur. Ils ont également accepté que Armstrong avait contrevenu au contrat de fiducie en demandant à être libéré de son obligation. Le maître des rôles lord Hanworth a estimé que, lorsqu'il existe des rapports de fiduciaire, le fiduciaire peut prendre, au nom du bénéficiaire, des mesures en vue de forcer l'exécution du contrat par l'autre partie contractante. Toutefois, si le fiduciaire refuse de le faire, le bénéficiaire peut intenter lui-même les poursuites, auquel cas il est alors tenu de désigner le fiduciaire à titre de défendeur. Lord Hanworth a expliqué que la règle visait à éliminer les problèmes de procédure et la multiplication d'actions tendant au même résultat. Il aurait été possible pour Harmer de demander, dans une action distincte, un jugement déclaratoire portant que Armstrong était son fiduciaire. Une fois ce jugement obtenu, il aurait pu demander l'autorisation de former une action au nom d'Armstrong si ce dernier avait refusé d'exercer ses droits. Harmer aurait alors pu intenter une action contre le vendeur en vue d'obtenir l'exécution en nature du contrat. En permettant à Harmer de poursuivre le fiduciaire et le vendeur, la cour pouvait empêcher la multiplication des instances.

Dans ses motifs, le lord juge Lawrence a souligné que la règle qui permettait à Harmer de désigner Armstrong à titre de défendeur était une règle d'*equity* distincte de la règle de common law du contrat par acte scellé. Les deux règles étaient aussi bien établies l'une que l'autre et faisaient également autorité en droit. Il a expliqué ainsi la règle d'*equity*, à la p. 88:

[TRADUCTION] Lorsque, au moment de la conclusion d'un contrat, une partie à ce contrat est [. . .] fiduciaire pour un tiers, ce tiers se voit conférer par les règles du droit de propriété le droit d'intenter des poursuites en vertu du contrat, que celui-ci soit revêtu d'un sceau ou non, et il peut, selon des principes bien établis, exercer ce droit en *equity* et désigner le fiduciaire comme défendeur à l'action. Dans un cas comme celui qui nous occupe, toutefois, le droit du bénéficiaire consiste à

defendant Armstrong, and not in favour of the plaintiff beneficiaries. [Emphasis added.]

Lawrence L.J. also recognized that a court could refuse to enforce a contract in this way if there was a debate as to whether a trust relationship actually existed between the party to the contract and the third party beneficiary.

In my view, the decision in *Harmer* does not, as the appellant contends, carve out an exception to the sealed contract rule. On the contrary, the decision specifically distinguished the equitable principle applied in the case from the sealed contract rule. The decision provides the means for beneficiaries to enforce those agreements entered into by their trustees when those trustees have refused to do so. As this Court recognized in *Margolius*, *supra*, the case was one of a *cestui que* trust seeking to enforce a contract when the trustee had committed a breach of trust in refusing to do so. The decision is based on the law of trusts and not on the law of contract.

The appellant has argued that the decision in *Harmer* must, on a principled basis, lead to the corollary that beneficiaries or principals should be able to be sued in their own name. With respect, I disagree with this submission. I agree with Morden A.C.J.O. that it was essential to the reasoning in the *Harmer* decision that the contract was being enforced by the beneficiary in the name of the agent. The beneficiaries could not assert any rights that they had against the third parties to the contract directly. The equitable rule did not create any legal relationship between the beneficiary and the third party. Without such a legal relationship, the third party certainly cannot sue the beneficiary.

D. Does the Sealed Contract Rule Apply Where the Agent Is a Corporation?

The appellant submits that there is inconsistency amongst the provinces as to when the sealed contract rule applies. Some courts, it contends, have

demandé l'exécution de l'accord selon sa teneur, c'est-à-dire en faveur du défendeur Armstrong, et non pas en faveur des bénéficiaires demandeurs. [Je souligne.]

Le lord juge Lawrence a également reconnu que le tribunal pouvait refuser d'ordonner l'exécution d'un contrat de cette façon s'il y avait un litige sur la question de savoir si des rapports fiduciaires existaient réellement entre la partie au contrat et le tiers bénéficiaire.

À mon avis, contrairement aux prétentions de l'appelante, l'arrêt *Harmer* ne crée pas une exception à la règle du contrat par acte scellé. Au contraire, cette décision a expressément fait une distinction entre le principe d'*equity* appliqué dans cette affaire et la règle du contrat par acte scellé. Cette décision donne au bénéficiaire d'un accord le moyen de le faire exécuter lorsque son fiduciaire refuse de le faire. Comme l'a reconnu notre Cour dans *Margolius*, précité, l'affaire *Harmer* concernait le bénéficiaire d'une fiducie qui sollicitait l'exécution d'un contrat parce que le fiduciaire avait manqué à son obligation à ce titre en refusant de le faire. *Harmer* est une affaire fondée sur le droit des fiducies et non sur le droit des contrats.

L'appelante a plaidé que l'affaire *Harmer* devait logiquement avoir comme corollaire que les bénéficiaires ou les mandants peuvent être poursuivis en leur propre nom. En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec cet argument. Je partage l'avis du juge en chef adjoint Morden selon lequel un aspect essentiel du raisonnement suivi dans l'arrêt *Harmer* était le fait que le bénéficiaire demandait l'exécution du contrat au nom du mandataire. Les bénéficiaires ne pouvaient pas invoquer leurs droits directement contre les tiers au contrat. La règle d'*equity* n'a pas créé de rapports juridiques entre le bénéficiaire et le tiers. En l'absence de tels rapports, le tiers ne peut certes pas poursuivre le bénéficiaire.

D. La règle du contrat par acte scellé s'applique-t-elle lorsque le mandataire est une personne morale?

L'appelante affirme que la situation varie d'une province à l'autre quant à la question de savoir dans quels cas s'applique la règle du contrat par

29

30

31

declined to apply the rule to agreements under seal which are entered into by corporations, while other courts have found that there is no distinction, as to the application of the rule, between agents that are corporations and agents who are individuals. The appellant cites the decision of Bouck J. of the British Columbia Supreme Court in *Kootenay Savings Credit Union v. Toudy*, *supra*, as an example of a court's refusal to apply the rule to an agent that is a corporation and asks this Court to follow that decision.

acte scellé. Elle fait valoir que certains tribunaux ont refusé d'appliquer la règle aux accords par acte scellé conclus par des personnes morales tandis que d'autres ont jugé qu'il n'y avait aucune différence, pour l'application de la règle, entre les mandataires qui sont des personnes morales et les mandataires qui sont des personnes physiques. L'appelante cite la décision rendue par le juge Bouck, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans l'affaire *Kootenay Savings Credit Union c. Toudy*, précitée, à titre d'exemple de refus d'un tribunal d'appliquer la règle à un mandataire qui est une personne morale, et elle demande à notre Cour de suivre cette décision.

32 The case involved a mortgage which had been granted by Kootenay Savings Credit Union to a holding company established by a group of individuals. The mortgage was executed under the seal of the holding company. The credit union had sought personal guarantees from each of the individuals, but because of the terms of the guarantees, it was only able to recover the amount of the principal of the loan from them as guarantors. When the holding company defaulted on the mortgage, therefore, the credit union sued the individuals as the undisclosed principals of the holding company.

Cette affaire portait sur une hypothèque qui avait été accordée par Kootenay Savings Credit Union à une société de gestion fondée par un groupe de particuliers. Le sceau de la société de gestion avait été apposé sur l'acte d'hypothèque. La coopérative de crédit de ceux-ci avait obtenu des garanties personnelles de la part de chacun des particuliers, mais en raison des modalités de ces garanties, elle n'a pu récupérer que le capital du prêt en leur qualité de garants. Par conséquent, lorsque la société de gestion a fait défaut de respecter l'acte d'hypothèque, la coopérative de crédit a poursuivi les particuliers en tant que mandants secrets de la société de gestion.

33 Bouck J. reviewed the authorities which had applied the sealed contract rule and found that, despite the fact that the rule appeared to be part of the law, it did not appear to be grounded in any good reason. He noted that none of the cases he had reviewed had applied the rule when a corporation had executed a document under seal on behalf of its undisclosed principals. Bouck J. noted that, at common law, a corporation could only be bound when it affixed its seal to an agreement, but that this rule had been modified by statute. Although the holding company was not required by the common law to affix its seal to the mortgage to enter into a valid contract, Bouck J. found that to register the mortgage as security for the loan in the land titles office, it had to be executed under seal pursuant to the *Property Law Act*, R.S.B.C. 1979, c. 340,

Le juge Bouck a examiné les décisions dans lesquelles la règle du contrat par acte scellé avait été appliquée et il a estimé que, malgré le fait que la règle paraissait faire partie du droit, elle ne semblait être fondée sur aucune bonne raison. Il a souligné que, dans aucune des décisions qu'il avait examinées, le tribunal n'avait appliqué la règle à un cas où une personne morale avait signé un document par acte scellé au nom de mandants secrets. Le juge Bouck a indiqué que, en common law, une personne morale ne pouvait être liée que lorsqu'elle avait apposé son sceau à un accord, mais que cette règle avait été modifiée par voie législative. Le juge Bouck a estimé que, quoique la société de gestion n'ait pas été tenue d'apposer son sceau à l'acte d'hypothèque pour conclure un contrat valide, il fallait que l'acte soit revêtu d'un

s. 16(2). The seal was thus mandated by statute. After reviewing the law and finding that the seal affixed to the mortgage was required by statute, Bouck J. made the following statement, at p. 207:

It is clear the personal defendants would be liable as undisclosed principals of LeRoi if the mortgage were simply executed by an authorized officer of LeRoi without affixing its seal. However, it is now said that because the seal of LeRoi was in fact stamped on the mortgage, that act relieved the personal defendants from liability. With respect, such a conclusion makes little sense. While this technical rule, which is peculiar to England, may also be part of Canadian law as it applies to individuals, I can see no good reason for extending its application to corporations, particularly since no higher authority compels that result.

Accordingly, I hold that where a corporation enters into a mortgage under seal on behalf of undisclosed principals, those undisclosed principals can sue and be sued by the other party to the mortgage.

Bouck J. thus allowed the credit union to recover from the undisclosed principals of the holding company.

With respect, to the extent that the decision of Bouck J. in *Kootenay* can be read as creating the principle that the sealed contract rule does not apply to agents that are corporations, I do not agree with it. To craft an exception to the sealed contract rule for corporations that act as agents for undisclosed principals would be contrary both to the decisions of other courts in Canada and to the law of business corporations in general. Subject to those exceptions set out by statute, a corporation has the same powers and capacities as a natural person: see, e.g., *Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44, s. 15(1); *Ontario Business Corporations Act*, s. 15. The powers and capacities include the power to sue and be sued,

sceau pour que l'hypothèque puisse être enregistrée comme garantie de l'emprunt au bureau d'enregistrement des droits immobiliers, conformément au par. 16(2) de la *Property Law Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 340. La formalité du sceau était donc requise par un texte de loi. Après avoir examiné le droit applicable et décidé que le sceau dont était revêtu l'acte d'hypothèque était requis par le texte de loi, le juge Bouck a déclaré ce qui suit, à la p. 207:

[TRADUCTION] Il est clair que les particuliers défendeurs seraient responsables à titre de mandants secrets de LeRoi si l'acte d'hypothèque avait simplement été conclu par un représentant autorisé de LeRoi qui n'y aurait pas apposé son sceau. Toutefois, on prétend maintenant que, parce que le sceau de LeRoi a en fait été apposé sur l'acte d'hypothèque, les particuliers défendeurs sont de ce fait libérés de toute responsabilité. En toute déférence, une telle conclusion n'a pas beaucoup de sens. Bien que cette règle de forme, qui est propre à l'Angleterre, puisse également faire partie du droit canadien en ce qui a trait aux particuliers, je ne vois aucune bonne raison d'étendre son application aux personnes morales, d'autant plus qu'aucun précédent ne commande ce résultat.

Par conséquent, j'estime que, lorsqu'une personne morale conclut un acte d'hypothèque scellé au nom de mandants secrets, ces derniers peuvent poursuivre l'autre partie à l'acte et être poursuivis par elle.

Le juge Bouck a en conséquence autorisé la coopérative de crédit à recouvrer auprès des mandants secrets de la société de gestion la somme due.

En toute déférence, dans la mesure où la décision rendue par le juge Bouck dans *Kootenay* peut être considérée comme ayant pour effet d'établir le principe que la règle du contrat par acte scellé ne s'applique pas aux mandataires qui sont des personnes morales, je ne suis pas d'accord avec cette décision. Créer une exception à la règle du contrat par acte scellé pour les personnes morales qui agissent à titre de mandataires pour des mandants secrets serait contraire tant aux décisions d'autres tribunaux canadiens qu'au droit des sociétés par actions en général. Sous réserve des exceptions prévues par des textes de loi, les sociétés par actions ont les mêmes droits et la même capacité qu'une personne physique: voir, par exemple, la

and the power to contract: see, e.g., K. P. McGuinness, *The Law and Practice of Canadian Business Corporations* (1999), at p. 204. I agree with Morden A.C.J.O. that since a corporation has all of the capacities and powers of a natural person, especially in relation to the law of contract, there is no principled basis upon which to treat corporations acting as agents for undisclosed principals differently than agents who are individuals.

Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44, par. 15(1); la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, art. 15. Ces droits et cette capacité comportent le pouvoir d'ester en justice et celui de contracter: voir, par exemple, K. P. McGuinness, *The Law and Practice of Canadian Business Corporations* (1999), à la p. 204. Je souscris à l'opinion du juge en chef adjoint Morden que, comme les personnes morales possèdent la même capacité et les mêmes pouvoirs qu'une personne physique, particulièrement en matière de droit des contrats, il n'y a aucune considération de principe justifiant de traiter les personnes morales qui agissent comme mandataires de mandants secrets différemment des mandataires qui sont des particuliers.

35

Other courts across Canada have recognized the application of the sealed contract rule to corporations that act on behalf of undisclosed principals. In *Marbar Holdings Ltd. v. 221,401 B.C. Ltd.* (1984), 54 B.C.L.R. 169 (S.C.), Macdonell J. applied the sealed contract rule to bar an action against the undisclosed principals of a corporation on a document executed under the company's seal. In *Edelstein Construction, supra*, Morden A.C.J.O. recognized the authority of the sealed contract rule in the context of an agreement executed under seal by a corporate agent, although the case was decided on different grounds. Also, in *Tri-S Investments, supra*, Feldman J. applied the sealed contract rule in a case of a corporate agent as one ground of her decision. In light of these authorities, the decision in *Kootenay*, in so far as it stands for the proposition that a corporate agent may be sued or sue on a contract executed under seal, appears to be anomalous. In my view, the sealed contract rule applies equally to individual agents and corporate agents. To the extent that the *Kootenay* decision can be read to find otherwise, it should not be followed.

D'autres tribunaux canadiens ont reconnu que la règle du contrat par acte scellé s'applique aux personnes morales qui agissent pour le compte de mandants secrets. Dans *Marbar Holdings Ltd. c. 221,401 B.C. Ltd.* (1984), 54 B.C.L.R. 169 (C.S.), le juge Macdonell a appliqué cette règle pour déclarer irrecevable une action intentée contre les mandants secrets d'une personne morale en vertu d'un document revêtu du sceau de cette dernière. Dans *Edelstein Construction*, précité, le juge en chef adjoint Morden a reconnu l'application de la règle du contrat par acte scellé dans le contexte d'un accord conclu par acte scellé par une personne morale agissant comme mandataire, bien que l'affaire ait été décidée selon d'autres motifs. En outre, dans *Tri-S Investments*, précité, Madame le juge Feldman a invoqué, parmi ses motifs de décision, l'application de la règle du contrat par acte scellé dans le cas d'une personne morale agissant comme mandataire. À la lumière de ces décisions, dans la mesure où l'affaire *Kootenay* appuie la proposition qu'une personne morale mandataire peut ester en justice en vertu d'un contrat par acte scellé, elle apparaît mal fondée. J'estime que la règle du contrat par acte scellé s'applique tant aux particuliers agissant comme mandataires qu'aux personnes morales agissant comme tel. Dans la mesure où l'affaire *Kootenay* peut être considérée comme entraînant la conclusion inverse, elle ne doit pas être suivie.

While it is clear that the sealed contract rule applies to corporate agents, the attachment of a corporation's seal to an agreement may not be sufficient in all circumstances to constitute a sealed contract within the meaning of the sealed contract rule. As I stated above, historically, the act of sealing was a solemn act designed to impress upon the parties to the contract the significance of their obligations. As a result, different legal obligations flowed from sealed instruments than from simple contracts. Today, while the creation of a sealed instrument no longer requires a waxed impression, there are still formalities which must be observed. At common law, a sealed instrument, such as a deed or a specialty, must be signed, sealed and delivered. The mere inclusion of these three words is not sufficient, and some indication of a seal is required: see, e.g., *872899 Ontario Inc. v. Iacovoni* (1998), 163 D.L.R. (4th) 263 (Ont. C.A.). To create a sealed instrument, the application of the seal must be a conscious and deliberate act. At common law, then, the relevant question is whether the party intended to create an instrument under seal.

Corporate seals have a different legal effect than the seal of an individual. The seal of a corporation, in many circumstances, is equivalent to the signature of a natural person: see, e.g., *Re Lawton*, [1944] 3 D.L.R. 51 (Man. K.B.), at p. 56, aff'd [1945] 4 D.L.R. 8 (Man. C.A.); *Newfoundland & Labrador Housing Corp. v. Suburban Construction Ltd.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 150 (Nfld. C.A.), at p. 152; *Alton Renaissance I v. Talamanca Management Ltd.* (1996), 27 B.L.R. (2d) 307 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 312. Therefore, the affixing of a corporate seal may not in all cases be evidence of an intention to create a sealed instrument, within the meaning of the sealed contract rule. I agree with the reasoning of Morgan J.A. in *Newfoundland & Labrador Housing Corp.*, *supra*, who described the effect of a corporate seal as follows, at p. 152:

Bien qu'il soit clair que la règle du contrat par acte scellé s'applique aux personnes morales agissant comme mandataires, l'apposition du sceau d'une personne morale sur un accord peut ne pas suffire dans tous les cas pour faire de cet accord un contrat scellé au sens de la règle du contrat par acte scellé. Comme je l'ai mentionné plus tôt, l'apposition du sceau était historiquement un acte solennel visant à souligner aux parties au contrat l'importance de leurs obligations. Par conséquent, les obligations juridiques découlant des actes scellés diffèrent de celles qui découlent des contrats nus. Aujourd'hui, quoique l'établissement d'un acte scellé n'exige plus l'application du sceau sur de la cire, certaines formalités doivent encore être observées. En common law, un acte scellé — tel un acte de vente ou un contrat formaliste — doit être signé, scellé et délivré. La seule présence de ces trois mots ne suffit pas, il doit y avoir un sceau quelconque: voir, par exemple, *872899 Ontario Inc. c. Iacovoni* (1998), 163 D.L.R. (4th) 263 (C.A. Ont.). Pour qu'un acte scellé soit créé, l'application du sceau doit être faite de propos délibéré et en pleine connaissance de cause. Il s'ensuit donc que, en common law, la question pertinente est de savoir si la partie avait l'intention de créer un acte scellé.

Les sceaux des personnes morales ont un effet juridique différent de celui des sceaux des particuliers. Dans bien des cas, le sceau d'une personne morale équivaut à la signature d'une personne physique; voir, par exemple, *Re Lawton*, [1944] 3 D.L.R. 51 (B.R. Man.), à la p. 56, conf. par [1945] 4 D.L.R. 8 (C.A. Man.); *Newfoundland & Labrador Housing Corp. c. Suburban Construction Ltd.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 150 (C.A.T.-N.), à la p. 152; *Alton Renaissance I c. Talamanca Management Ltd.* (1996), 27 B.L.R. (2d) 307 (C. Ont. (Div. gén.)), à la p. 312. Par conséquent, il est possible que l'apposition du sceau d'une personne morale n'indique pas toujours l'intention de créer un acte scellé au sens de la règle du contrat par acte scellé. Je suis d'accord avec le raisonnement suivi par le juge Morgan, de la Cour d'appel, dans l'arrêt *Newfoundland & Labrador Housing Corp.*, précité, qui a décrit ainsi l'effet du sceau d'une personne morale, à la p. 152:

36

37

... not every document signed by a corporation by the affixing its corporate seal would become a specialty. When the seal of a corporation is affixed to a contract made by the corporation it has the same effect as the signature of an individual. However, any contract which, if made between private persons would by law be required to be under seal, may be made on behalf of a company in writing under its common seal. Whether what would ordinarily be a simple contract is transformed into a contract by specialty by execution under seal can only be determined having regard to the intention of the parties as evidenced and the true construction of the document in question.

In my view, a corporation is certainly capable of creating a sealed instrument and availing itself of the different incidents which flow from such an agreement. However, the attachment of its corporate seal, on its own, may not be sufficient to do so. Courts must examine the instrument itself and the circumstances surrounding its creation to determine whether the corporation intended to create a sealed instrument by affixing its corporate seal.

[TRADUCTION] ... ce ne sont pas tous les documents signés par une personne morale au moyen de son sceau qui deviennent des contrats par acte scellé. Lorsque le sceau d'une personne morale est apposé à un contrat conclu par elle, cette mesure a le même effet que la signature d'un particulier. Toutefois, tout contrat qui, s'il était conclu par des particuliers, devrait aux termes de la loi être revêtu d'un sceau, peut être conclu par écrit au nom d'une personne morale en y apposant le sceau ordinaire de celle-ci. La question de savoir si ce qui constituerait normalement un contrat nu devient un contrat formaliste par l'apposition d'un sceau ne peut être tranchée qu'à la lumière de l'intention des parties, révélée par la preuve, et de l'interprétation juste du document en question.

À mon avis, une personne morale est certes capable de créer un acte scellé et de se prévaloir des différents effets découlant d'un tel accord. Le seul fait de l'apposition de son sceau peut cependant ne pas être suffisant pour produire ce résultat. Les tribunaux doivent examiner l'acte lui-même et les circonstances de sa création pour déterminer si la personne morale avait l'intention de créer un acte scellé en y apposant son sceau.

38

While I have stated above that evidence of an intention to create a sealed instrument is necessary when a corporate seal is affixed to a contract, I emphasize that this is a principle which operates at common law. Statutory provisions may have the effect of rendering a corporation's intention to create a sealed contract irrelevant. I agree with Morden A.C.J.O. that s. 13(1) of the *Land Registration Reform Act* ("LRRRA") renders the intention to create a sealed instrument irrelevant. The subsection reads:

13. — (1) Despite any statute or rule of law, a transfer or other document transferring an interest in land, a charge or discharge need not be executed under seal by any person, and such a document that is not executed under seal has the same effect for all purposes as if executed under seal.

The intention of this provision goes beyond setting the procedural requirements for the registration of conveyances and mortgages. The words "for all purposes" have the effect of making all documents

Quoique j'aie indiqué précédemment qu'il faut apporter la preuve de l'intention de créer un acte scellé lorsque le sceau d'une société est apposé sur un contrat, je souligne qu'il s'agit d'un principe de common law. Des dispositions législatives peuvent avoir pour effet d'enlever toute pertinence à la question de savoir si une société par actions avait l'intention ou non de créer un contrat par acte scellé. Je partage l'avis du juge en chef adjoint Morden que le par. 13(1) de la Loi de 1984 rend non pertinente l'intention de créer un acte scellé. Ce paragraphe est ainsi rédigé:

13. — (1) Despite any statute or rule of law, a transfer or other document transferring an interest in land, a charge or discharge need not be executed under seal by any person, and such a document that is not executed under seal has the same effect for all purposes as if executed under seal.

Cette disposition ne se limite pas à établir les exigences procédurales applicables à l'enregistrement des actes de cession et d'hypothèque. Les mots «*for all purposes*» figurant dans le texte anglais

transferring an interest in land, and charges or discharges, sealed instruments for all purposes, including the application of the sealed contract rule. I agree with Morden A.C.J.O. that the purpose of the subsection is to preserve the common law substantive consequences associated with traditional forms of conveyancing and mortgages. As a result, the provision has the effect of deeming all of the interests within its scope to have the same legal effects as if they were executed under seal. In circumstances where s. 13(1) of the *LRRA* governs, the intention to create a sealed instrument is thus irrelevant.

To summarize, as a general rule, an undisclosed principal may sue or be sued on a simple contract entered into on his or her behalf by an agent. There is a well-established exception to this rule that when such a contract is executed under seal, the undisclosed principal can neither sue nor be sued upon it. The exception stems from the rule that only parties to a sealed instrument may have obligations and rights under it. That rule operates within a system of rules relating to sealed instruments, all of which are derived from the fact that a sealed instrument is enforceable by virtue of the form of the instrument itself. The equitable principle described in *Harmer v. Armstrong*, *supra*, may enable an undisclosed principal to recover on a contract made for his or her benefit when the agent refuses to do so. The rights enforced in such a situation are the rights of the agent; there is no direct legal relationship created between the third party and the undisclosed principal. As a result, there is no corresponding right for a third party to sue a beneficiary on a contract under seal. The sealed contract rule clearly applies to corporate agents, although the intention of the corporation to create a sealed instrument must be evident from the construction of the instrument itself and the circumstances surrounding its creation before the rule will be applied. The intention to create or not to create a sealed instrument will not be relevant if a statutory provision has the effect of deeming the instrument to have all of the effects of an instrument under seal.

ont pour effet de considérer les documents cédant un droit sur un bien-fonds, les charges et les mainlevées comme étant des actes scellés à tous égards, y compris pour l'application de la règle du contrat par acte scellé. Je partage l'avis du juge en chef adjoint Morden que ce paragraphe a pour objet de préserver les effets substantiels que rattache la common law aux formes traditionnelles d'actes de cession et d'hypothèque. Par conséquent, tous les droits visés par cette disposition sont réputés par celle-ci produire les mêmes effets juridiques que s'ils étaient constatés dans un acte revêtu d'un sceau. Dans les cas où le par. 13(1) de la Loi de 1984 s'applique, l'intention de créer un acte scellé n'est donc pas un facteur pertinent.

En résumé, un mandant secret peut en règle générale ester en justice en vertu d'un contrat nu conclu en son nom par un mandataire. Cette règle est assortie d'une exception bien établie, savoir que lorsque le contrat est revêtu d'un sceau, le mandant secret ne peut ni poursuivre ni être poursuivi en vertu de celui-ci. Cette exception découle de la règle selon laquelle seules les parties à un acte scellé peuvent avoir des droits et obligations en vertu de cet acte. Cette règle s'inscrit dans un ensemble de règles relatives aux actes scellés, lesquelles reposent toutes sur le fait qu'un acte scellé est exécutoire de par sa forme même. Suivant le principe d'*equity* exposé dans *Harmer c. Armstrong*, précité, un mandant secret peut exercer un recours fondé sur un contrat conclu pour son compte lorsque le mandataire refuse de le faire. Les droits alors exercés sont ceux du mandataire; aucun rapport juridique direct n'a été créé entre le tiers et le mandant secret. Par conséquent, le tiers n'a pas le droit corrélatif de poursuivre le bénéficiaire d'un contrat par acte scellé. La règle du contrat par acte scellé s'applique clairement aux sociétés agissant comme mandataires, bien que, pour que la règle s'applique, l'intention de la société de créer un acte scellé doive ressortir de façon évidente de l'interprétation de l'acte lui-même et des circonstances de sa création. L'intention de créer ou de ne pas créer un acte scellé n'est pas un facteur pertinent si une disposition législative donne à l'instrument en cause tous les effets d'un acte scellé.

VI. Should the Sealed Contract Rule Be Abolished?

40 As is evident from the foregoing analysis, the internal inconsistencies of the sealed contract rule and the inconsistencies in its application are not as glaring as the appellant has argued. However, these inconsistencies are not the only grounds upon which it has based its claim that the sealed contract rule should be abolished. The appellant also asks that this Court abolish the rule because it lacks a present principled justification because the rule is no longer applicable in some other jurisdictions, and because of the force of criticism by academics and some courts.

41 To support its claim that the rule has no present principled justification, the appellant cites the following statement of Baron Martin in *Chesterfield and Midland Silkstone Colliery Co. v. Hawkins* (1865), 3 H. & C. 677, 159 E.R. 698, at p. 703 E.R.:

[The sealed contract] rule is one which is established by authority and precedent, which does not depend upon reasoning or argument, but is a fixed established rule to be acted upon and only discussed as regards its application. . . .

The appellant also refers to Laskin J.A.'s invitation to this Court to abolish the rule in *Re Zamikoff v. Lundy*, *supra*. The appellant submits that some academics have criticized the rule as "anomalous" and as taking the doctrine of privity to "extreme lengths", while others see no particular reason why the rule should continue to exist: see, e.g., S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4th ed. 1999), at para. 268 (n. 40); G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4th ed. 1999), at p. 197; W. A. Seavy, "The Rationale of Agency" (1920), 29 *Yale L.J.* 859, at p. 880. The appellant submits that, in response to these criticisms, the abolition of the sealed contract rule is appropriate.

42 Before examining whether the criticisms raised above merit the abolition of the sealed contract

VI. La règle du contrat par acte scellé devrait-elle être abolie?

Comme l'indique clairement l'analyse qui précède, les incohérences intrinsèques de la règle du contrat par acte scellé et son application incohérente ne sont pas aussi frappantes que le prétend l'appelante. Toutefois, ces incohérences ne sont pas les seuls motifs sur lesquels l'appelante a fondé sa prétention que la règle du contrat par acte scellé devrait être abolie. En effet, l'appelante demande également à notre Cour d'abolir cette règle parce qu'elle ne serait plus justifiée aujourd'hui, parce qu'elle n'est plus applicable dans certains ressorts et parce qu'elle est vigoureusement critiquée par certains auteurs et par certains tribunaux.

À l'appui de sa prétention que la règle n'a plus de justification rationnelle aujourd'hui, l'appelante cite les propos suivants du baron Martin dans *Chesterfield and Midland Silkstone Colliery Co. c. Hawkins* (1865), 3 H. & C. 677, 159 E.R. 698, à la p. 703 E.R.:

[TRADUCTION] La règle [du contrat par acte scellé] a été établie par voie jurisprudentielle et n'est pas tributaire de raisonnement ou d'arguments, mais elle constitue plutôt une règle fixe et établie, qui doit être suivie et dont seule l'application peut être débattue . . .

L'appelante mentionne également l'invitation à abolir la règle qui a été faite à notre Cour dans *Re Zamikoff c. Lundy*, précité, par le juge Laskin de la Cour d'appel. L'appelante fait valoir que certains auteurs ont critiqué la règle, lui reprochant d'être une [TRADUCTION] «anomalie» et de pousser à «l'extrême» le principe de la relativité des contrats, alors que d'autres ne voient aucune raison particulière justifiant son maintien: voir, par exemple, S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4^e éd. 1999), au par. 268 (n. 40); G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4^e éd. 1999), à la p. 197; W. A. Seavy «The Rationale of Agency» (1920), 29 *Yale L.J.* 859, à la p. 880. L'appelante plaide que, à la lumière de ces critiques, il est opportun d'abolir la règle du contrat par acte scellé.

Avant de se demander si les critiques susmentionnées justifient l'abolition de la règle du contrat

rule, it is necessary to understand the principles which govern judicial reform of the common law. In the past, this Court has considered the conditions which must be present to effect a change in the common law in several cases: see, e.g., *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210. From these cases, some general principles have emerged. A change in the common law must be necessary to keep the common law in step with the evolution of society (see, e.g., *Salituro*, at p. 670; *Bow Valley*, at para. 93), to clarify a legal principle (see *Vetrovec*, at p. 819), or to resolve an inconsistency (see *Jobidon*, at p. 733). In addition, the change should be incremental, and its consequences must be capable of assessment.

In the recent case of *Robinson*, Lamer C.J., for a majority of the Court, relied on five factors to justify the reversal of an earlier decision of the Court in *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330. These factors were the existence of previous dissenting opinions in this Court, a trend in the provincial appellate courts to depart from the principles adopted in the original decision, criticism of the case or the adoption of a contrary rule in other jurisdictions, doctrinal criticism of the case and its foundations, and inconsistency of the case with other decisions. While they are not prerequisites for a change in the common law, these factors help to identify compelling reasons for reform. On the other hand, courts will not intervene where the proposed change will have complex and far-reaching effects, setting the law on an unknown course whose ramifications cannot be accurately measured: see *Bow Valley*, *supra*, at para. 93. The rationale for judicial restraint in making changes to the common law was expressed by McLachlin J.

par acte scellé, il est nécessaire de bien comprendre les principes régissant la modification de la common law par les tribunaux. Par le passé, notre Cour a examiné, dans plusieurs arrêts, les conditions qui doivent être réunies pour modifier la common law: voir, par exemple, *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210. Certains principes généraux se dégagent de ces arrêts. Une modification de la common law doit être nécessaire soit pour permettre à celle-ci de suivre l'évolution de la société (voir, par exemple, *Salituro*, à la p. 670; *Bow Valley*, au par. 93), soit pour préciser un principe de droit (voir *Vetrovec*, à la p. 819), ou encore pour éliminer une contradiction (voir *Jobidon*, à la p. 733). En outre, la modification doit être graduelle et ses conséquences doivent pouvoir être évaluées.

Récemment, dans l'affaire *Robinson*, le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom des juges majoritaires de notre Cour, s'est fondé sur cinq facteurs pour justifier la décision d'écarter l'arrêt antérieur de notre Cour *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330. Ces facteurs étaient l'existence d'opinions dissidentes exprimées antérieurement au sein de notre Cour, la constatation d'une tendance parmi les cours d'appel provinciales à s'écarter des principes adoptés dans l'arrêt en question, les critiques formulées à l'égard de cet arrêt ou l'adoption d'une règle contraire dans d'autres pays, la critique de cet arrêt et de ses fondements dans la doctrine, ainsi que l'incompatibilité de cet arrêt avec d'autres décisions. Bien que ces facteurs ne soient pas des préalables à la modification de la common law, ils permettent néanmoins de constater l'existence de motifs de réforme convaincants. Par ailleurs, les tribunaux n'interviendront pas lorsque la modification proposée aurait des effets complexes et d'une grande portée, qui placeraient le droit sur une trajectoire inconnue dont les conséquences ne peuvent pas être mesurées avec précision: voir *Bow Valley*, au par. 93. La raison de la retenue manifestée par les tribunaux en matière de

(as she then was) in *Watkins*, *supra*, as follows, at p. 760:

The court may not be in the best position to assess the deficiencies of the existing law, much less problems which may be associated with the changes it might make. The court has before it a single case; major changes in the law should be predicated on a wider view of how the rule will operate in the broad generality of cases. Moreover, the court may not be in a position to appreciate fully the economic and policy issues underlying the choice it is asked to make.

I will now examine whether there are compelling reasons for the abolition of the sealed contract rule.

44

As the foregoing analysis has demonstrated, there is no conflicting appellate authority as to the application of the sealed contract rule in Canada. The decision in *Kootenay* appears to be the only inconsistent application of the rule and should not be followed. A number of American states have abolished the sealed contract rule, although most appear to have done so by legislation rather than judicial reform. In England, commentators have confirmed the continued force of the rule: see *Bowstead and Reynolds on Agency* (16th ed. 1996), at p. 426; *Halsbury's Laws of England*, *supra*, at para. 617. Thus it does not appear that the existence of the sealed contract rule in the common law in Canada is out of step with the developments in the common law in other jurisdictions. The rule does appear to form an exception to the general trend in agency law to make principals liable on those contracts which are entered into on their behalf. However, the rule is also consistent with the system of rules which apply to sealed instruments.

45

One might argue, however, that the practice of sealing documents, and hence the incidents thereof, are now out of step with the fabric of society. Indeed, many of the critiques of the use of the

modification de la common law a été exposée ainsi par le juge McLachlin (maintenant Juge en chef du Canada) dans l'arrêt *Watkins*, précité, à la p. 760:

Une cour de justice n'est peut-être pas l'organisme le mieux placé pour déterminer les lacunes du droit actuel et encore moins les problèmes que pourraient susciter les modifications qu'elle pourrait apporter. La cour de justice est saisie d'un cas particulier; les changements importants du droit doivent se fonder sur une perception plus générale de la façon dont la règle s'appliquera à la grande majorité des cas. De plus, une cour de justice peut ne pas être en mesure d'évaluer pleinement les questions économiques et de principe qui sous-tendent le choix qu'on lui demande de faire.

J'aborde maintenant la question de savoir s'il y a des motifs convaincants pour abolir de la règle du contrat par acte scellé.

Comme l'a démontré l'analyse qui précède, les arrêts des cours d'appel canadiennes ne se contredisent pas quant à l'application de la règle du contrat par acte scellé. L'affaire *Kootenay* semble être la seule application incohérente de la règle et ne doit pas être suivie. Un certain nombre d'États américains ont aboli la règle du contrat par acte scellé, quoique dans la plupart des cas l'abolition semble être survenue par voie législative plutôt que par voie judiciaire. En Angleterre, des commentateurs ont confirmé le maintien de l'application de la règle: voir *Bowstead and Reynolds on Agency* (16^e éd. 1996), à la p. 426; *Halsbury's Laws of England*, *op. cit.*, au par. 617. Il ne semble donc pas que, du fait de l'existence de la règle du contrat par acte scellé dans la common law canadienne, notre common law n'ait pas suivi l'évolution de la common law dans d'autres pays. La règle paraît constituer une exception à la tendance générale observée en droit du mandat qui consiste à considérer les mandants responsables à l'égard des contrats conclus en leur nom. Cependant, la règle est également compatible avec l'ensemble des règles qui s'appliquent aux actes scellés.

Il serait toutefois possible de prétendre que la pratique qui consiste à revêtir des documents d'un sceau et, par conséquent, les effets de cette pratique ne correspondent plus aux réalités de la

seal state that it is anachronistic. Scarcely anyone in society today would agree that the affixation of a seal is evidence of the greater solemnity and force of a promise. While the rationale for sealing a document may appear to be no longer socially relevant, it is not evident that the rules relating to sealed documents fall victim to the same critique.

While our common law rules must be in step with the evolution of society as a whole, when examining a proposed change to a rule of property or contract law, we must also examine whether the rule is consistent or inconsistent with commercial reality. A rule may have a rationale which appears to be anachronistic while continuing to serve a useful commercial purpose. Our common law is replete with artificial rules which, although they may appear to have no underlying rationale, promote efficiency or security in commercial transactions. Such rules, in the circumstances where they apply, must be followed to create a legally recognized and enforceable right or obligation. Parties, therefore, structure their relations with these rules in mind and the rules themselves become part of commercial reality. Commercial relations may evolve in such a way that a particular rule may become unjust and cumbersome, and may no longer serve its original purpose. When the hardship which a rule causes becomes so acute and widespread that it outweighs any purpose that it may have once served, it is certainly open to a court to make an incremental change in the law. However, there must be evidence of a change in commercial reality which makes such a change in the common law necessary.

The seal continues to serve a useful purpose in our law. It allows a promise to be enforced without evidence of consideration and, more importantly in the context of this case, grants parties to a contract

société moderne. D'ailleurs, bon nombre de ceux qui critiquent l'utilisation du sceau affirment que celui-ci est un anachronisme. Pratiquement personne aujourd'hui ne viendrait dire que le fait qu'un document constatant une promesse soit revêtu d'un sceau confère à celle-ci plus de force et un caractère solennel plus grand. Bien que le fondement de l'apposition d'un sceau sur un document puisse sembler avoir perdu sa pertinence sociale, il n'est pas évident que la même critique puisse être formulée à l'égard des règles relatives aux actes scellés.

Bien que nos règles de common law doivent suivre l'évolution de la société dans son ensemble, il faut, dans l'examen d'une modification proposée à une règle relevant du droit des biens ou du droit des contrats, se demander également si la règle est compatible ou non avec les réalités du commerce. Quoique la raison d'être d'une règle puisse sembler dépassée, cette règle peut néanmoins continuer d'être utile en matière commerciale. Notre common law renferme de nombreuses règles artificielles qui, bien qu'en apparence dépourvues de justification, favorisent néanmoins l'efficacité et la sécurité des opérations commerciales. Dans les cas où elles s'appliquent, ces règles doivent être suivies pour créer un droit ou une obligation qui soit légalement reconnu et susceptible d'exécution. Les parties organisent donc leurs relations en tenant compte de ces règles, qui deviennent partie intégrante des réalités du commerce. Il est possible que le commerce évolue d'une manière telle qu'une règle donnée devienne lourde et injuste et ne serve plus son objectif initial. Lorsque les difficultés causées par une règle deviennent à ce point graves et généralisées que celle-ci ne sert plus du tout la fin pour laquelle elle existait, il est certes loisible aux tribunaux d'apporter une modification graduelle au droit. Toutefois, il faut alors que preuve soit faite de l'existence d'une évolution des réalités commerciales rendant nécessaire une telle modification de la common law.

Le sceau continue de servir une fin utile dans notre droit. Il permet qu'une promesse soit exécutée en l'absence de preuve de contrepartie et, facteur plus important dans le contexte de la présente

a simple means of ensuring that they will not be liable to anyone but the parties named therein. In my view, there is no evidence that there has been any change in commercial reality which would warrant the abolition of the sealed contract rule. The rule has been an accepted part of the common law in Canada since at least 1903. Presumably, parties have been aware of the rule and have structured their transactions accordingly. The appellant has not shown the Court that the rule has caused any inconvenience in commercial transactions, nor that it has caused any great hardship. It has shown only that the rule might operate to its detriment in this particular case. In this light, the following caution from B. N. Cardozo (later Justice of the U.S. Supreme Court) in *The Paradoxes of Legal Science* (1928), at p. 68, is particularly apposite:

Every system of law has within it artificial devices which are deemed in the main and on the average to promote convenience or security or other forms of public good. These devices take the shape of rules or standards to which the individual though he be careless or ignorant, must at his peril conform. If they were to be abandoned by the law whenever they had been disregarded by the litigant affected, there would be no sense in making them.

48

Notwithstanding my view that there has been no change in commercial reality which makes the abolition of the sealed contract rule necessary, to effect such a change could also have unwarranted, far-reaching and complex consequences both in the law of contract and in the law of property. As I have stated above, the sealed contract rule exists within a system of rules which relate to sealed instruments. Many of these incidents of the seal stem from the historic view of sealed contracts, namely that they were enforceable by virtue of the form of the instrument. It is for this reason, for example, that today a contract under seal does not require consideration. In my view, to abolish one of the rules within this system because there no longer appears to be a rationale for it would necessarily call into question the validity of the other rules. For example, were this Court to abolish the

affaire, il donne aux parties à un contrat un moyen simple de s'assurer qu'elles n'engagent leur responsabilité qu'envers les parties qui y sont nommément désignées. À mon avis, il n'y a aucune preuve indiquant qu'il serait survenu quelque changement aux réalités du commerce qui justifierait l'abolition de la règle du contrat par acte scellé. Cette règle est considérée comme une partie intégrante de la common law canadienne depuis au moins 1903. Il faut présumer que les parties connaissent la règle et ont structuré leurs opérations en conséquence. L'appelante n'a pas démontré à notre Cour que la règle avait nui à des opérations commerciales ni qu'elle avait causé de grandes difficultés. Elle a seulement établi que l'application de la règle pourrait lui être défavorable dans le présent cas. Dans ce contexte, la mise en garde suivante, faite par B. N. Cardozo (plus tard juge de la Cour suprême des États-Unis) dans *The Paradoxes of Legal Science* (1928), à la p. 68, est particulièrement à propos:

[TRADUCTION] Chaque système de droit comporte des mécanismes artificiels visant généralement à favoriser la commodité, la sécurité ou un autre bienfait commun. Ces mécanismes prennent la forme de règles et de normes auxquelles l'individu, qu'il soit négligent ou ignorant, doit se conformer sous peine de sanctions. Si ces règles et ces normes devaient être écartées par le droit chaque fois qu'elles ne sont pas respectées par le plaideur concerné, il ne servirait à rien de les adopter.

Indépendamment de mon opinion selon laquelle il n'est survenu dans les réalités du commerce aucun changement rendant nécessaire l'abolition de la règle du contrat par acte scellé, une modification de cette nature pourrait avoir des effets injustifiés, complexes et d'une grande portée tant en droit des contrats qu'en droit des biens. Comme je l'ai mentionné plus tôt, la règle du contrat par acte scellé s'inscrit dans un ensemble de règles relatives aux actes scellés. Nombre des effets du sceau découlent de la façon traditionnelle de considérer des contrats par acte scellé, savoir qu'ils étaient exécutoires de par la forme même de l'instrument. Voilà pourquoi, par exemple, un contrat par acte scellé n'exige plus aujourd'hui l'existence d'une contrepartie. J'estime que l'abolition de l'une des règles de l'ensemble évoqué plus haut parce qu'elle ne paraît plus avoir de raison d'être remet-

rule that only the parties to a sealed contract can sue or be sued on such a contract, on the ground that it does not appear to have a rationale, the enforceability of a sealed contract without consideration could certainly be questioned for the same reason. The abolition of the sealed contract rule would thus amount to a fundamental reform of the common law rather than an incremental change.

To abolish the sealed contract rule for the reasons that the appellant has suggested would also have the effect of creating great uncertainty both in commercial relations and in the law itself. There are many rules in contract and property law which are historical, technical and which no longer appear to have any modern day rationale. However, they remain a part of the law. For example, an *inter vivos* gift is not valid until it is delivered. In my view, to abolish the sealed contract rule on the ground that it is technical and anachronistic could have the effect of creating uncertainty as to the validity of these other technical rules which do not appear to have a modern day rationale.

While a contract for personal property or personal obligations may be executed without a seal as long as there is valid consideration, in Ontario the conveyance of an estate in real property must be executed by deed: see, e.g., *Anger and Honsberger: Law of Real Property* (2nd ed. 1985), vol. 2, at p. 1263; *Conveyancing and Law of Property Act*, R.S.O. 1990, c. C.34, ss. 2, 3 and 9; *Statute of Frauds*, R.S.O. 1990, c. S.19, s. 2. The formal requirement that such deeds be executed under seal has been eliminated by legislation in Ontario: see, e.g., *Land Titles Act*, R.S.O. 1990, c. L.5, s. 79(1); *LRRRA*, s. 13. However, as the foregoing analysis shows, such conveyances are deemed to be specialty contracts to which the sealed contract rule would apply. The sealed contract rule, therefore, applies in the majority of property law transactions. Certainty in real property transactions is

trait nécessairement en cause la validité des autres règles. Par exemple, si notre Cour abolissait la règle selon laquelle seules les parties à un contrat par acte scellé peuvent ester en justice en vertu d'un tel contrat parce que cette règle ne paraît pas avoir de raison d'être, le caractère exécutoire d'un contrat par acte scellé ne comportant aucune contrepartie pourrait certainement être remis en cause pour le même motif. L'abolition de la règle du contrat par acte scellé équivaldrait donc à une réforme en profondeur de la common law plutôt qu'à une modification graduelle.

Abolir la règle du contrat par acte scellé pour les motifs invoqués par l'appelante aurait aussi pour effet de créer une grande incertitude dans les relations commerciales et dans le droit lui-même. Le droit des contrats et le droit des biens comportent de nombreuses règles historiques et formalistes, qui paraissent ne plus avoir de raison d'être aujourd'hui. Toutefois, elles continuent de faire partie du droit. Par exemple, une donation entre vifs n'est pas valide tant que l'objet de la donation n'a pas été remis. À mon avis, l'abolition de la règle du contrat par acte scellé parce qu'elle est formaliste et qu'elle constitue un anachronisme pourrait avoir pour effet de créer de l'incertitude quant à la validité des autres règles de forme qui ne paraissent plus avoir de raison d'être de nos jours.

Bien qu'un contrat portant sur des biens personnels ou des obligations personnelles puisse être conclu en l'absence de sceau dans la mesure où il y a une contrepartie valable, le transport d'un bien immobilier doit être fait au moyen d'un acte scellé en Ontario: voir, par exemple, *Anger and Honsberger: Law of Real Property* (2^e éd. 1985), vol. 2, à la p. 1263; *Loi sur les actes translatifs de propriété et le droit des biens*, L.R.O. 1990, ch. C.34, art. 2, 3 et 9; *Loi relative aux preuves littérales*, L.R.O. 1990, ch. S.19, art. 2. La formalité exigeant que de tels actes soient revêtus d'un sceau a été abolie par voie législative en Ontario: voir, par exemple, *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers*, L.R.O. 1990, ch. L.5, par. 79(1); *Loi de 1984*, art. 13. Cependant, comme l'analyse qui précède le démontre, de tels transports sont réputés être des contrats formalistes auxquels s'applique la

49

50

essential. Parties and solicitors must be able to rely upon the title documents and to be secure in knowing that the terms of a deed which is registered are conclusive both as to the parties and as to their rights and liabilities. To abolish the sealed contract rule would no longer allow them to do so, by making it possible for parties not appearing on the face of the deed to have rights and obligations under it.

règle du contrat par acte scellé. Cette règle s'applique donc à la plupart des opérations immobilières. La certitude est essentielle dans ce genre d'opérations. Les parties et les avocats doivent être en mesure de se fier aux documents constatant le titre de propriété et être certains que les conditions d'un acte enregistré sont déterminantes tant en ce qui concerne l'identité des parties qu'en ce qui concerne leurs droits et obligations. L'abolition de la règle du contrat par acte scellé ne permettrait plus à ces personnes de se fier à ces actes, du fait qu'il serait alors possible à des parties non mentionnées dans l'acte d'avoir des droits et des obligations en vertu de celui-ci.

51

The abolition of the sealed contract rule could also have far-reaching effects on existing contractual relationships. The sealed contract rule has provided a valid means for undisclosed principals to avoid personal liability and has most probably been invoked in transaction after transaction. To abolish the rule could expose such undisclosed principals to potential liability for as long as twenty years. In the United States, some of the courts that were asked to abolish the sealed contract rule refused to do so for this very reason. For example, in *Crowley v. Lewis*, 146 N.E. 374 (1925), the Court of Appeals of New York found that it was not at liberty to change the sealed contract rule, which was so well understood and so often enforced. Andrews J. stated as follows, at p. 374:

Thousands of sealed instruments must have been executed in reliance upon the authority of *Briggs v. Partridge*. Many times the seal must have been used for the express purpose of relieving the undisclosed principal from personal liability. It may not be unwise to preserve the distinction for this especial purpose. But whether wise or unwise the distinction now exists.

Similar reasoning led both the District Court of Appeal of Florida in *McMullen v. McMullen*, 145 So.2d 568 (1962), and the Supreme Court of Pennsylvania in *Toll v. Pioneer Sample Book Co.*, 94 A.2d 764 (1953), to conclude that the sealed contract rule should not be abolished. I agree with

L'abolition de la règle du contrat par acte scellé pourrait également avoir des effets d'une grande portée sur les relations contractuelles existantes. Cette règle est un moyen valide permettant aux mandants secrets d'éviter d'engager leur responsabilité personnelle, et elle a tout vraisemblablement été invoquée dans une multitude d'opérations. Si la règle était abolie, les mandants secrets pourraient être exposés, pendant des périodes pouvant aller jusqu'à vingt ans, au risque que leur responsabilité soit engagée. Aux États-Unis, certains tribunaux auxquels on avait demandé d'abolir la règle du contrat par acte scellé ont refusé de le faire, précisément pour ce motif. Par exemple, dans *Crowley c. Lewis*, 146 N.E. 374 (1925), la Cour d'appel de New York a jugé qu'il ne lui était pas loisible de modifier la règle du contrat scellé, qui était très bien comprise et souvent appliquée. Le juge Andrews s'est exprimé ainsi, à la p. 374:

[TRADUCTION] Des milliers d'actes scellés doivent avoir été conclus sur le fondement de *Briggs c. Partridge*. À de nombreuses reprises, le sceau a sûrement été utilisé dans le but exprès de protéger le mandant secret contre la responsabilité personnelle. Ce n'est peut-être pas une mauvaise idée de préserver la distinction à cette fin particulière. Mais qu'il soit sage ou non de le faire, la distinction existe actuellement.

Un raisonnement semblable a amené la Cour d'appel de district de la Floride dans *McMullen c. McMullen*, 145 So.2d 568 (1962), et la Cour suprême de la Pennsylvanie dans *Toll c. Pioneer Sample Book Co.*, 94 A.2d 764 (1953), à juger que la règle du contrat par acte scellé ne devait pas

the reasoning of these three decisions. The abolition of the sealed contract rule would have the unfair result of creating uncertainty for those who had relied on the rule in executing their contracts. To avoid uncertainty and any unfairness to those parties who have structured their commercial relationships in accordance with the sealed contract rule, any change to the law should operate prospectively. Only the Legislature has the power to create a prospective change in the law.

The foregoing analysis has focussed on the effects of the abolition of the sealed contract rule. In my view, the need to preserve certainty in commercial relations must be considered when a court is asked to make a change to the sealed contract rule. For example, a statement that the sealed contract rule does not apply to corporations would create uncertainty as to the potential liability of all those individuals who had corporate agents insulate them from any obligations under the contract by executing it under seal. While such uncertainty may not be as widespread as that which would result from the outright abolition of the rule, such a change in the law could still have the effect of frustrating the intentions of those parties who entered into their agreements with the understanding that the rule applied. Courts should be loath to make even smaller modifications to the sealed contract rule without clear evidence that such a change is necessary to keep in step with evolving commercial reality and that it will not have unwarranted far-reaching effects.

VII. Application of the Sealed Contract Rule to the Mortgage in this Case

Final Note's officer affixed the corporation's seal to the mortgage at issue in this case; it was argued at trial that it is necessary to determine

être abolie. Je suis d'accord avec le raisonnement suivi dans ces trois décisions. L'abolition de la règle du contrat par acte scellé aurait comme effet inéquitable de créer de l'incertitude pour ceux qui se sont fiés à la règle en concluant leurs contrats. Pour éviter l'incertitude ainsi que toute injustice pour les parties qui ont organisé leurs relations commerciales conformément à la règle du contrat par acte scellé, toute modification apportée au droit devrait avoir effet pour l'avenir. Seule la législature a le pouvoir d'apporter au droit des modifications portant effet pour l'avenir.

L'analyse qui précède s'est attachée aux effets de l'abolition de la règle du contrat par acte scellé. Je suis d'avis que le tribunal auquel on demande de modifier cette règle doit tenir compte de la nécessité de préserver le climat de certitude dans les relations commerciales. Par exemple, le fait de déclarer la règle du contrat par acte scellé inapplicable aux personnes morales créerait de l'incertitude quant à la responsabilité potentielle de tous les particuliers qui, pour se mettre à l'abri de toute obligation prévue par leur contrat, ont fait conclure celui-ci par voie d'acte scellé par une personne morale agissant comme mandataire. L'incertitude créée par une telle mesure ne serait peut-être pas aussi généralisée que celle qui découlerait de l'abolition pure et simple de la règle, mais une telle modification du droit pourrait néanmoins avoir pour effet de contrecarrer l'intention des parties qui ont conclu des ententes en tenant pour acquis que la règle s'appliquait. Les tribunaux devraient être réticents à apporter quelque modification, même mineure, à la règle du contrat par acte scellé en l'absence de preuve claire que, d'une part, une telle modification est nécessaire pour que la règle continue de suivre l'évolution des réalités du commerce, et, d'autre part, que cette modification n'aura pas d'effets injustifiés et d'une grande portée.

VII. L'application de la règle du contrat par acte scellé à l'acte d'hypothèque en litige

Le représentant de Final Note a apposé le sceau de celle-ci à l'acte d'hypothèque en cause dans la présente affaire. Au procès, on a plaidé qu'il était

52

53

whether Final Note intended to create a sealed instrument in doing so. However, the mortgage is in the form prescribed under the *LRRA* and is subject to its provisions. Section 13(1) of the Act has the effect of deeming all instruments governed by its provisions to be documents under seal, for all purposes. It is not in dispute that “person” as used in s. 13(1) of the Act means both individuals and corporations. Section 13(1) of the Act, therefore, has the substantive effect of deeming the mortgage to be an instrument under seal for all purposes, including the application of the sealed contract rule. Notwithstanding Final Note’s intention in affixing its corporate seal to the mortgage, the sealed contract rule applies. The only parties to the mortgage are Final Note and FED. Since only the parties to an instrument under seal may be sued upon it, the appellant cannot maintain an action on the covenant in the mortgage against the respondent group of beneficial owners.

VIII. Disposition

54 I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Goodman Phillips & Vineberg, Toronto.

Solicitors for the respondents Dr. Almas Adatia, also known as Almas Adatia, Peter Bortoluzzi, Sultan Lalani, in Trust, 808413 Ontario Inc. and Crown Freight Forwarders Ltd., previously known as 808548 Ontario Inc.: Goldman, Sloan, Nash & Haber, Toronto.

Solicitors for the respondents Mohamed Rajani, Shorim Investments, in Trust, and Shorim Investments Limited, in Trust: Orbach, Katzman & Herschorn, Toronto.

nécessaire de déterminer si Final Note avait eu, ce faisant, l’intention de créer un acte scellé. Toutefois, l’acte d’hypothèque est établi selon la forme prescrite par la Loi de 1984 et est régi par les dispositions de cette loi. Aux termes du par. 13(1) de cette loi, tous les actes visés par cette disposition sont réputés être des documents revêtus d’un sceau. Il n’est pas contesté que le mot «*person*» figurant au par. 13(1) de la loi s’entend tant des personnes physiques que des personnes morales. Ce paragraphe a donc pour effet substantiel de considérer les actes d’hypothèque comme des actes scellés à tous égards, y compris pour l’application de la règle du contrat par acte scellé. Indépendamment de l’intention qu’avait Final Note lorsqu’elle a apposé son sceau à l’acte d’hypothèque, la règle du contrat par acte scellé s’applique. Les seules parties à l’acte d’hypothèque sont Final Note et FED. Étant donné que seules les parties à un acte scellé peuvent être poursuivies en vertu de ce dernier, l’appelante ne peut intenter une action contre les propriétaires bénéficiaires intimés sur le fondement de l’engagement figurant dans l’acte d’hypothèque.

VIII. Dispositif

Je rejeterais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l’appelante: Goodman Phillips & Vineberg, Toronto.

Procureurs des intimés Dr Almas Adatia, également connu sous le nom de Almas Adatia, Peter Bortoluzzi, Sultan Lalani, en fiducie, 808413 Ontario Inc. et Crown Freight Forwarders Ltd., auparavant connue sous le nom de 808548 Ontario Inc.: Goldman, Sloan, Nash & Haber, Toronto.

Procureurs des intimés Mohamed Rajani, Shorim Investments, en fiducie, et Shorim Investments Limited, en fiducie: Orbach, Katzman & Herschorn, Toronto.

Solicitors for the respondents Lionel C. Larry and Robins, Appleby & Taub: Torkin, Manes, Cohen & Arbus, Toronto.

Procureurs des intimés Lionel C. Larry et Robins, Appleby & Taub: Torkin, Manes, Cohen & Arbus, Toronto.