

A-490-77

A-490-77

**Western Caissons (Quebec) Limited (Appellant)**

v.

**McNamara Corporation of Newfoundland Co. Limited, The J. P. Porter Company Limited and Canadian Dredge & Dock Company Limited (Respondents)**

Court of Appeal, Jackett C.J., Heald J. and MacKay D.J.—Toronto, September 12, 1978.

*Jurisdiction — Appeal from decision striking statement of claim for want of jurisdiction — Appellant sub-contractor and respondents contractor for the Crown — Action claiming relief on sub-contract and circumstances surrounding its execution — Appellant contending that respondents, if permitted to proceed, would have launched third party proceedings against the Crown, thereby establishing jurisdiction because there then would be claim for relief against the Crown — Whether or not decision to strike for want of jurisdiction premature.*

This is an appeal from a judgment of the Trial Division striking out the statement of claim by which an action was launched on the ground that the Federal Court is without jurisdiction to entertain the appellant's claims. The respondents are a "joint venture" who entered into a construction contract with the federal Crown and appellant is a sub-contractor under that contract. Appellant had claimed entitlement to relief by virtue of its contract with the respondents and the facts surrounding the execution of the contract. Appellant now contends that the judgment of the Trial Division was premature in that, if the matter had been allowed to proceed, the respondents would probably have launched third party proceedings against the Crown and in that event, the Trial Division would have jurisdiction with respect to appellant's claim because there then would be "relief . . . claimed against the Crown."

*Held*, the appeal is dismissed. Even if there were a claim by the respondents by way of third party proceedings against the Crown (based on the respondents' contract with the Crown) that falls within the jurisdiction of the Federal Court, that third party proceeding would be a separate proceeding from the proceeding of the appellant against the respondents and would not alter the nature of that proceeding so as to give the Federal Court jurisdiction in the appellant's action.

*McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen* [1977] 2 S.C.R. 654, applied. *R. v. Bank of Montreal* [1933] S.C.R. 311, distinguished.

APPEAL.

**Western Caissons (Quebec) Limited (Appelante)**

c.

**McNamara Corporation of Newfoundland Co. Limited, The J. P. Porter Company Limited et Canadian Dredge & Dock Company Limited (Intimées)**

Cour d'appel, le juge en chef Jackett, le juge Heald et le juge suppléant MacKay—Toronto, le 12 septembre 1978.

*Compétence — Appel d'une décision radiant la déclaration au motif d'incompétence — Appelante agissant comme sous-traitant et intimées comme entrepreneur de la Couronne — Demande de redressement fondée sur contrat de sous-traitance et faits se rapportant à son exécution — L'appelante prétend que si elle avait pu continuer son action, les intimées auraient probablement procédé contre la Couronne par voie de mise en cause, créant ainsi la compétence requise parce qu'il existerait alors une demande de redressement contre la Couronne — La décision emportant radiation au motif d'incompétence est-elle prématurée?*

Le pourvoi est à l'encontre d'un jugement de la Division de première instance radiant la déclaration au moyen de laquelle une action a été intentée, au motif que la Cour fédérale n'a pas compétence pour connaître des réclamations de l'appelante. Les intimées constituent une «entreprise en coparticipation» qui ont conclu avec la Couronne fédérale un contrat relatif à la construction et en vertu duquel l'appelante est un sous-traitant. L'appelante avait fait valoir qu'elle avait droit à un redressement, compte tenu du contrat qu'elle avait conclu avec les intimées et des faits se rapportant à son exécution. L'appelante prétend maintenant que le jugement de la Division de première instance était prématuré parce que si elle avait pu continuer son action, les intimées auraient probablement procédé contre la Couronne par voie de mise en cause, et dans ce cas, la Division de première instance aurait eu compétence pour entendre l'action de l'appelante étant donné que l'on aurait alors «demandé contre la Couronne un redressement».

*Arrêt*: l'appel est rejeté. Même si les intimées avaient présenté, par voie de mise en cause, une réclamation contre la Couronne (fondée sur leur contrat avec la Couronne) qui relèverait de la compétence de la Cour fédérale, cette procédure de mise en cause serait distincte de l'action que l'appelante a intentée contre les intimées et ne modifierait pas la nature de cette action de manière à la faire ressortir à la Cour fédérale.

Arrêt appliqué: *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine* [1977] 2 R.C.S. 654. Distinction faite avec l'arrêt: *Le Roi c. La Banque de Montréal* [1933] R.C.S. 311.

APPEL.

## COUNSEL:

*D. Laidlaw, Q.C. and R. J. McComb* for appellant.

*D. A. Brown* for respondents.

## SOLICITORS:

*McCarthy & McCarthy*, Toronto, for appellant.

*Davies, Ward & Beck*, Toronto, for respondents.

## AVOCATS:

*D. Laidlaw, c.r. et R. J. McComb* pour l'appelante.

*D. A. Brown* pour les intimées.

## PROCUREURS:

*McCarthy & McCarthy*, Toronto, pour l'appelante.

*Davies, Ward & Beck*, Toronto, pour les intimées.

*The following are the reasons for judgment delivered orally in English by*

JACKETT C.J.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division striking out the statement of claim by which an action was launched on the ground that the Federal Court is without jurisdiction to entertain the appellant's claims.

The facts as alleged by the statement of claim are, in effect, as follows:

(a) the respondents are a "joint venture" and, as such, entered into a contract with Her Majesty in right of Canada for the construction of a public work,

(b) the appellant, by virtue of a contract with the respondents, was a "sub-contractor" for the performance of a part of what the respondents contracted with Her Majesty to do, and

(c) by virtue of the appellant's contract with the respondents, and the facts surrounding the execution of that contract, the appellant is entitled to certain relief against the respondents.

On a motion to strike out the statement of claim, which came on before Campbell Grant D.J., a judgment was delivered reading, in part, as follows:

For reasons set forth in *Quebec North Shore Company et al v. Canadian Pacific Limited et al* pronounced by the Supreme Court of Canada on June 29th, 1976 and *McNamara Construction (Western) Limited et al v. Her Majesty the Queen et al v. J. Stephenson & Associates et al* pronounced by the Supreme Court of Canada on Jan. 27th, 1977 I find that the Federal Court of Canada is without jurisdiction to entertain the claims of the plaintiff herein, and therefore an order will go setting aside and striking out the statement of claim herein.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par*

LE JUGE EN CHEF JACKETT: Le pourvoi est à l'encontre d'un jugement de la Division de première instance radiant la déclaration au moyen de laquelle une action a été intentée, au motif que la Cour fédérale n'a pas compétence pour connaître des réclamations de l'appelante.

Les faits tels qu'ils sont allégués dans la déclaration s'énoncent comme suit:

a) les intimées constituent une «entreprise en coparticipation» et, à ce titre, elles ont conclu un contrat avec Sa Majesté du chef du Canada pour la construction d'un ouvrage public,

b) l'appelante, en vertu d'un contrat conclu avec les intimées, était un «sous-traitant» qui devait accomplir une partie de ce que les intimées, aux termes du contrat avec Sa Majesté, s'étaient engagées à faire, et

c) en vertu du contrat conclu entre l'appelante et les intimées, et des faits se rapportant à son exécution, l'appelante a droit à un certain redressement contre les intimées.

Sur présentation d'une requête en radiation de la déclaration auprès du juge suppléant Campbell Grant, un jugement a été rendu dont voici un extrait:

[TRADUCTION] Pour les motifs exposés dans *Quebec North Shore Company et al c. Canadien Pacifique Limitée et al*, prononcés par la Cour suprême du Canada le 29 juin 1976, dans *McNamara Construction (Western) Limited et al c. Sa Majesté la Reine et al c. J. Stephenson & Associates et al*, prononcés par la Cour suprême du Canada le 27 juin 1977, je conclus que la Cour fédérale du Canada n'a pas compétence pour connaître des réclamations de la présente demanderesse, et en conséquence une ordonnance sera rendue annulant et radiant la déclaration en l'espèce.

In the *McNamara* case<sup>1</sup> to which the learned Trial Judge refers, what was involved was an action by Her Majesty in respect of a contract for the construction of a public work and certain other proceedings arising from that action. In concluding that the Federal Court did not have jurisdiction in those proceedings, Laskin C.J.C., (delivering the judgment of the Supreme Court of Canada) said (at pp. 658-660):

Shortly put, the main issue in these appeals is whether the Federal Court of Canada may be invested with jurisdiction over a subject at the suit of the Crown in right of Canada which seeks to enforce in that Court a claim for damages for breach of contract. The basis for the conferring of any such jurisdiction must be found in s. 101 of the *British North America Act* which, *inter alia*, confers upon Parliament legislative power to establish courts "for the better administration of the laws of Canada". In *Quebec North Shore Paper Company v. Canadian Pacific Limited* ([1977] 2 S.C.R. *infra*), (a decision which came after the judgments of the Federal Court of Appeal in the present appeals), this Court held that the quoted provisions of s. 101, make it a prerequisite to the exercise of jurisdiction by the Federal Court that there be existing and applicable federal law which can be invoked to support any proceedings before it. It is not enough that the Parliament of Canada have legislative jurisdiction in respect of some matter which is the subject of litigation in the Federal Court. As this Court indicated in the *Quebec North Shore Paper Company* case, judicial jurisdiction contemplated by s. 101 is not co-extensive with federal legislative jurisdiction. It follows that the mere fact that Parliament has exclusive legislative authority in relation to "the public debt and property" under s. 91(1A) of the *British North America Act* and in relation to "the establishment, maintenance and management of penitentiaries" under s. 91(28), and that the subject matter of the construction contract may fall within either or both of these grants of power, is not enough to support a grant of jurisdiction to the Federal Court to entertain the claim for damages made in these cases.

Section 17(4) of the *Federal Court Act* is the foundation for the assertion of jurisdiction herein at the suit of the Crown. Section 17(1) and (2) invest the Trial Division of the Federal Court with jurisdiction in actions against the Crown, and no issue arises here as to the validity of those provisions. Nor are we concerned here with the validity of s. 17(3) which provides for jurisdiction through agreement in certain situations between the Crown and a subject, and also in proceedings to resolve conflicting claims in respect of an alleged obligation of the Crown. Section 17(4) reads as follows:

- (4) The Trial Division has concurrent original jurisdiction
- (a) in proceedings of a civil nature in which the Crown or the Attorney General of Canada claims relief; and
  - (b) in proceedings in which relief is sought against any person for anything done or omitted to be done in the

<sup>1</sup> [1977] 2 S.C.R. 654.

L'affaire *McNamara*<sup>1</sup>, à laquelle le savant juge se réfère, met en cause une action intentée par Sa Majesté, portant sur un contrat relatif à la construction d'un ouvrage public, et d'autres procédures résultant de cette action. En concluant que la Cour fédérale n'avait pas compétence en ce qui a trait à ces procédures, le juge en chef du Canada Laskin (en prononçant le jugement de la Cour suprême) dit (aux pages 658 à 660):

En bref, la principale question en litige dans ces pourvois est de savoir si la Cour fédérale du Canada a compétence sur un sujet dans une action en dommages-intérêts intentée par la Couronne du chef du Canada pour inexécution d'un contrat. Cette compétence relèverait de l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui confère notamment au Parlement le pouvoir législatif d'établir des tribunaux «pour la meilleure administration des lois du Canada». Dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Company c. Le Canadien Pacifique Limitée* ([1977] 2 R.C.S. *infra*), (arrêt rendu après les jugements de la Cour d'appel fédérale en l'espèce), cette Cour a statué que les dispositions de l'art. 101 posent comme condition préalable à l'exercice par la Cour fédérale de sa compétence, l'existence d'une législation fédérale applicable sur laquelle on puisse fonder les procédures. Il ne suffit pas que le Parlement du Canada puisse légiférer sur un domaine dont relève la question soumise à la Cour fédérale. Comme l'a indiqué cette Cour dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Company*, la compétence judiciaire en vertu de l'art. 101 ne recouvre pas le même domaine que la compétence législative fédérale. Il s'ensuit qu'il ne suffit pas que la compétence exclusive du Parlement s'exerce dans les domaines de «la dette et la propriété publiques» en vertu de l'art. 91(1A) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et à l'égard de «établissement, du maintien, et de l'administration des pénitenciers» en vertu de l'art. 91(28) et que l'objet du contrat de construction en l'espèce puisse relever de l'un ou l'autre de ces domaines législatifs, ou des deux, pour fonder la compétence de la Cour fédérale à l'égard de la présente action en dommages-intérêts.

Le paragraphe (4) de l'art. 17 de la *Loi sur la Cour fédérale* est invoqué comme fondement de la compétence pour connaître de l'action intentée par la Couronne. Les paragraphes (1) et (2) confèrent à la Division de première instance de la Cour fédérale la compétence pour connaître des actions intentées par la Couronne et leur validité n'est pas contestée. Il n'est pas non plus question de la validité du par. (3) qui donne compétence dans certains cas à la Cour fédérale pour connaître d'un litige opposant la Couronne et une personne, si elles en ont convenu par écrit, et des procédures en vue de trancher des réclamations contradictoires relativement à une prétendue obligation de la Couronne. Le paragraphe (4) se lit comme suit:

- (4) La Division de première instance a compétence concurrente en première instance
- a) dans les procédures d'ordre civil dans lesquelles la Couronne ou le procureur général du Canada demande redressement; et
  - b) dans les procédures dans lesquelles on cherche à obtenir un redressement contre une personne en raison d'un acte

<sup>1</sup> [1977] 2 R.C.S. 654.

performance of his duties as an officer or servant of the Crown.

A comparable predecessor provision was s. 29(d) of the *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1952, c. 98 which gave jurisdiction to the Exchequer Court

in all other actions and suits of a civil nature at common law or equity in which the Crown is plaintiff or petitioner.

In the *Quebec North Shore Paper Company* case, this Court observed, referring to this provision, that the Crown in right of Canada in seeking to bring persons into the Exchequer Court as defendants must have founded its action on some existing federal law, whether statute or regulation or common law.

What must be decided in the present appeals, therefore, is not whether the Crown's action is in respect of matters that are within federal legislative jurisdiction but whether it is founded on existing federal law. I do not think that s. 17(4), read literally, is valid federal legislation under s. 101 of the *British North America Act* in purporting to give jurisdiction to the Federal Court to entertain any type of civil action simply because the Crown in right of Canada asserts a claim as plaintiff. The common law rule that the Crown may sue in any Court having jurisdiction in the particular matter, developed in unitary England, has no unlimited application to federal Canada where legislative and executive powers are distributed between the central and provincial levels of legislature and government and where, moreover, there is a constitutional limitation on the power of Parliament to establish Courts.

and (at pp. 662-663):

What remains for consideration here on the question of jurisdiction is whether there is applicable federal law involved in the cases in appeal to support the competence of the Federal Court to entertain the Crown's action, both with respect to the claim for damages and the claim on the surety bond. In the *Quebec North Shore Paper Company* case, this Court referred to what I may for convenience call Crown law as follows:

... It should be recalled that the law respecting the Crown came into Canada as part of the public or constitutional law of Great Britain, and there can be no pretence that that law is provincial law. In so far as there is a common law associated with the Crown's position as a litigant it is federal law in relation to the Crown in right of Canada, just as it is provincial law in relation to the Crown in right of a Province, and is subject to modification in each case by the competent Parliament or Legislature. Crown law does not enter into the present case.

This passage cannot be taken as saying that it is enough that the Crown is a party to a contract, on which it is suing as a plaintiff, to satisfy the requirement of applicable federal law. The situation is different if Crown liability is involved because in that respect there were existing common law rules respecting Crown liability in contract and immunity in tort, rules which have been considerably modified by legislation. Where it is not

ou d'une omission de cette dernière dans l'exercice de ses fonctions à titre de fonctionnaire ou préposé de la Couronne.

Ce paragraphe a remplacé l'art. 29d) de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1952, c. 98, qui conférait compétence à la Cour de l'Échiquier

dans toutes les autres actions et poursuites d'ordre civil, en *common law* ou en *equity*, dans lesquelles la Couronne est demanderesse ou requérante.

Dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Company*, cette Cour a souligné au sujet de cette disposition que pour traduire des personnes devant la Cour de l'Échiquier, la Couronne du chef du Canada doit au préalable établir que son action relève de la législation fédérale applicable, que ce soit une loi, un règlement ou la *common law*.

Il ne s'agit donc pas de décider en l'espèce si la demande de redressement de la Couronne relève d'un domaine de compétence législative fédérale, mais de déterminer si elle est fondée sur la législation fédérale applicable. Je ne pense pas que, pris littéralement, le par. 17(4), qui vise à habiliter la Cour fédérale à connaître de tout genre d'action d'ordre civil du seul fait que la Couronne du chef du Canada fait une réclamation à titre de demanderesse, constitue une législation fédérale valide en vertu de l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. La règle de *common law* selon laquelle la Couronne peut poursuivre devant tout tribunal ayant compétence dans le domaine pertinent, élaborée dans le régime unitaire anglais, ne peut s'appliquer intégralement au Canada, un état fédéral, où les pouvoirs législatifs et exécutifs sont répartis entre les législatures et gouvernements centraux et provinciaux et où, en outre, le pouvoir du Parlement d'établir des tribunaux est limité par la Constitution.

et (aux pages 662 et 663) il dit:

Il reste donc à déterminer, quant à la question de la compétence, s'il existe une législation fédérale applicable aux présents pourvois qui donne à la Cour fédérale compétence pour connaître de l'action de la Couronne concernant la demande de dommages-intérêts et la réclamation fondée sur le cautionnement. Dans l'affaire *Quebec North Shore Paper Company*, cette Cour a parlé de ce que j'appellerai pour plus de commodité le droit de la Couronne:

... Il est bon de rappeler que le droit relatif à la Couronne a été introduit au Canada comme partie du droit constitutionnel ou du droit public de la Grande-Bretagne; on ne peut donc prétendre que ce droit relève du droit provincial. Dans la mesure où la Couronne, en tant que partie à une action, est régie par la *common law*, il s'agit de droit fédéral pour la Couronne du chef du Canada, au même titre qu'il s'agit de droit provincial pour la Couronne du chef d'une province, qui, dans chaque cas, peut être modifié par le Parlement ou la législature compétente. Il n'est pas question en l'espèce de droit de la Couronne.

On ne peut conclure de cet extrait qu'il suffit à la Couronne d'être partie à un contrat qu'elle invoque dans son action à titre de demanderesse pour que l'exigence relative à la législation fédérale applicable soit remplie. La situation est différente si la responsabilité de la Couronne est en cause car il existe des règles de *common law* en matière de responsabilité contractuelle et de non-responsabilité délictuelle de la Couronne, règles

the Crown's liability that is involved but that of the other party to a bilateral contract, a different situation prevails as to the right of the Crown to compel that person to answer process issued out of the Federal Court.

It was the contention of the Attorney-General of Canada on behalf of the Crown that the construction contract, being in relation to a public work or property, involved on that account federal law. What federal law was not indicated. Certainly there is no statutory basis for the Crown's suit, nor is there any invocation by the Crown of some principle of law peculiar to it by which its claims against the appellants would be assessed or determined. Counsel for the Attorney-General was candid enough to say that his position had to be that jurisdiction existed in the Federal Court in respect of any contract claim asserted by the Crown. I have already indicated that this is untenable and, clearly, s. 17(4) would be *ultra vires* if that was its reach. It can be valid only in so far as its terms are limited in accordance with what s. 101 of the *British North America Act* prescribes.

I take the same view of the Crown's claim on the bond as I do of its claim against McNamara for damages. It was urged that a difference existed because (1) s. 16(1) of the *Public Works Act*, now R.S.C. 1970, c. P-38 obliges the responsible Minister to obtain sufficient security for the due performance of a contract for a public work and (2) *Consolidated Distilleries v. The King*, *supra*, stands as an authority in support of the Crown's right to invoke the jurisdiction of the Federal Court where it sues on a bond. Neither of these contentions improves the Crown's position. Section 16(1) of the *Public Works Act* stipulates an executive or administrative requirement that a bond be taken but prescribes nothing as to the law governing the enforcement of the bond. The *Consolidated Distilleries* case involved an action on a bond given pursuant to the federal *Inland Revenue Act* and, as the Privy Council noted "the subject matter of the actions directly arose from legislation of Parliament in respect of excise"; see [1933] A.C. 508 at p. 521.

As I understand his reasoning, the legal principle on which the *McNamara* decision was based is that it is "a prerequisite to the exercise of jurisdiction by the Federal Court that there be existing . . . federal law which can be invoked to support any proceedings before it".<sup>2</sup> It is common ground that

<sup>2</sup> This principle has been applied by this Court in:

- (a) *Associated Metals & Minerals Corporation v. The "Evie W"* [1978] 2 F.C. 710.
- (b) *The "Capricorn" v. Antares Shipping Corp.* [1978] 2 F.C. 834.
- (c) *Hawker Industries Limited v. Santa Maria Shipowning and Trading Company, S.A.* [1979] 1 F.C. 183.
- (d) *Benson Bros. Shipbuilding Co. (1960) Ltd. v. Mark Shipping Co. Ltd.* (1978) 21 N.R. 260.

(Continued on next page)

pendant considérablement modifiées par la législation. Lorsqu'il ne s'agit pas de la responsabilité de la Couronne mais de celle de l'autre partie à un contrat bilatéral, la situation n'est plus la même quant au droit de la Couronne d'obliger cette personne à agir en défense dans une action intentée en Cour fédérale.

Le procureur général du Canada soutient au nom de la Couronne que, puisque le contrat de construction concerne un ouvrage ou un bien publics, la législation fédérale s'applique. Il n'a toutefois pas précisé quelle loi fédérale. L'action de la Couronne n'est manifestement fondée sur aucune loi et cette dernière n'invoque aucun principe de droit qui lui serait particulier en vertu duquel ses réclamations contre les appelants pourraient être entendues ou tranchées. L'avocat représentant le procureur général a été assez franc pour admettre que sa thèse reposait sur la prétention que la Cour fédérale était compétente pour entendre toute réclamation de la Couronne fondée sur un contrat. J'ai déjà indiqué que cette thèse est insoutenable et que le par. 17(4) serait nettement *ultra vires* si c'était sa portée. Il n'est valide que dans la mesure où il reste dans les limites prescrites par l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

Le raisonnement s'applique à la réclamation de la Couronne fondée sur le cautionnement tout comme à sa demande de dommages-intérêts contre McNamara. On a plaidé qu'il existait une différence parce que (1) le par. 16(1) de la *Loi sur les travaux publics*, maintenant S.R.C. 1970, c. P-38, oblige le ministre responsable à obtenir une garantie suffisante de l'exécution régulière d'un contrat visant des travaux publics et que (2) l'arrêt *Consolidated Distilleries c. Le Roi*, précité, fait jurisprudence sur le droit de la Couronne d'invoquer la compétence de la Cour fédérale lorsqu'elle intente une action fondée sur un cautionnement. Aucun de ces arguments n'améliore la situation de la Couronne. Le paragraphe 16(1) de la *Loi sur les travaux publics* formule une exigence administrative, la nécessité d'une garantie, mais reste muet sur le droit régissant l'exécution de la garantie. L'arrêt *Consolidated Distilleries* porte sur une action fondée sur un cautionnement fourni en conformité d'une loi fédérale, la *Loi du Revenu de l'intérieur*, et, comme l'a souligné le Conseil privé [TRADUCTION] «l'objet des actions découlait directement d'une loi du Parlement portant sur l'accise» (voir [1933] A.C. 508 à la p. 521).

Si j'ai bien compris son raisonnement, le principe de droit qui régit la décision *McNamara* pose «comme condition préalable à l'exercice par la Cour fédérale de sa compétence, l'existence d'une législation fédérale . . . sur laquelle on puisse fonder les procédures»<sup>2</sup>. Les parties reconnaissent

<sup>2</sup> La présente cour a appliqué ce principe dans:

- a) *Associated Metals & Minerals Corporation c. L'«Evie W»* [1978] 2 C.F. 710.
- b) *Le «Capricorn» c. Antares Shipping Corp.* [1978] 2 C.F. 834.
- c) *Hawker Industries Limited c. Santa Maria Shipowning and Trading Company, S.A.* [1979] 1 C.F. 183.
- d) *Benson Bros. Shipbuilding Co. (1960) Ltd. c. Mark Shipping Co. Ltd.* (1978) 21 N.R. 260.

(Suite à la page suivante)

there is no law on which the appellant founds its action to enforce its contract against the respondents that can be regarded as federal law within the meaning of that phrase as used in the *McNamara* case.

The appellant submits, however, that the judgment of the Trial Division was premature in that, if the matter had been allowed to proceed, the respondents would probably have launched third party proceedings against the Crown and in that event, the Trial Division would have jurisdiction with respect to the appellant's claim, because there would then be "relief . . . claimed against the Crown." In my view, the short answer is that, even if there were a claim by the respondents by way of third party proceedings against the Crown (based on the respondents' contract with the Crown) that falls within the jurisdiction of the Federal Court, that third party proceeding would be a separate proceeding from the proceeding of the appellant against the respondents and would not alter the nature of that proceeding so as to give the Federal Court jurisdiction in the appellant's action.<sup>3</sup> I express no opinion as to whether the *Federal Court Act* is so worded as to give the Trial Division jurisdiction in the appellant's action if it were not for the constitutional hurdle made obvious by the *McNamara* case. I would say, however, that, in my view, *MacDougall General Contractors Ltd. v. The Foundation Co. of Ontario Ltd.* [1952] 4 D.L.R. 630, on which the appellant relies, would have no application. All that case stands for, in this connection, as I understand it, is that, where another court has been given exclusive jurisdiction,

(Continued from previous page)

In the *McNamara* case, the requirement was not fulfilled because the Crown was proceeding on the basis of the provincial law of contract applicable between subject and subject. Cf. *The Queen v. Murray* [1967] S.C.R. 262 per Martland J. (delivering the judgment of the Court) at pp. 264 et seq. I have not overlooked the distinction made in the *McNamara* case between claims by the Crown and claims against the Crown. I assume that the distinction lies in the fact that, while Her Majesty may enforce contracts in the Courts as though she were an ordinary person, by reason of her prerogative not to be impleaded in her own Courts, a subject has no legally enforceable right against Her Majesty in the absence of statute and, in the case of the Government of Canada, the essential statute is a federal law.

<sup>3</sup> Cf. *The King v. Bank of Montreal* [1933] S.C.R. 311.

qu'il n'existe pas de loi sur laquelle l'appelante fonde son action en exécution de contrat contre les intimées, qui puisse être considérée comme une législation fédérale au sens de l'expression employée dans *McNamara*.

Cependant l'appelante fait valoir que le jugement de la Division de première instance était prématuré, en ce sens que si elle avait pu continuer son action, les intimées auraient probablement procédé contre la Couronne par voie de mise en cause et, dans ce cas, la Division de première instance aurait eu compétence pour entendre l'action de l'appelante, étant donné que l'on aurait alors «demandé contre la Couronne un redressement». A mon avis, la réponse simple est que même si les intimées avaient présenté, par voie de mise en cause, une réclamation contre la Couronne (fondée sur leur contrat avec la Couronne) qui relèverait de la compétence de la Cour fédérale, cette procédure de mise en cause serait distincte de l'action que l'appelante a intentée contre les intimées et ne modifierait pas la nature de cette action de manière à la faire ressortir à la Cour fédérale.<sup>3</sup> Je ne formule aucune opinion sur la question de savoir si, n'eût été l'obstacle constitutionnel mis au jour par l'arrêt *McNamara*, le libellé de la *Loi sur la Cour fédérale* aurait conféré à la Division de première instance compétence pour entendre l'action de l'appelante. Cependant, je peux dire qu'à mon avis, l'arrêt *MacDougall General Contractors Ltd. c. The Foundation Co. of Ontario Ltd.* [1952] 4 D.L.R. 630, sur lequel l'appelante se fonde, ne s'applique pas. Tout ce qu'il signifie à cet égard, si je l'ai bien compris, c'est que si un autre tribunal

(Suite de la page précédente)

Dans *McNamara*, la condition n'a pas été respectée étant donné que la Couronne procédait en vertu de la loi provinciale régissant les contrats applicable à des parties civiles. Voir: *La Reine c. Murray* [1967] R.C.S. 262 le juge Martland (prononçant le jugement de la Cour) aux pp. 264 et suiv. Je n'ai pas oublié la distinction faite dans *McNamara* entre les actions intentées par la Couronne et les actions entamées contre elle. Je présume que la distinction repose sur le fait que Sa Majesté peut s'adresser aux tribunaux pour faire exécuter des contrats tout comme si elle était une partie civile, et ce, en raison de son privilège selon lequel elle ne peut être mise en cause devant ses propres tribunaux, mais une partie civile ne peut faire valoir légalement un droit contre Sa Majesté si aucune loi n'y pourvoit et, dans le cas du gouvernement du Canada, le texte de loi essentiel est une loi fédérale.

<sup>3</sup> Voir: *Le Roi c. La Banque de Montréal* [1933] R.C.S. 311.

the Supreme Court of Ontario will not entertain such jurisdiction indirectly by way of an action for a declaration.

In my opinion, the appeal should be dismissed with costs.

\* \* \*

HEALD J. concurred.

\* \* \*

MACKEY D.J. concurred.

avait eu compétence exclusive, la Cour suprême de l'Ontario n'exercerait pas cette même compétence de façon indirecte à l'occasion d'une action visant à obtenir un jugement déclaratoire.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

\* \* \*

LE JUGE HEALD y a souscrit.

\* \* \*

LE JUGE SUPPLÉANT MACKEY y a souscrit.