

A-737-77

A-737-77

**The Foundation Company of Canada Limited**  
(*Plaintiff*)

v.

**The Queen (Appellant) (Defendant)**

and

**Thomas Fuller Construction Co. (1958) Limited**  
(*Respondent*)

Court of Appeal, Jackett C.J., Heald and Ryan  
JJ.—Ottawa, October 25, 1978.

*Practice — Jurisdiction — In action for damages for breach of contract or alternatively for negligence, third party notice by appellant (defendant) claiming either indemnification by respondent against liability to plaintiff pursuant to contract between appellant (defendant) and respondent, or to contribution from respondent pursuant to The Negligence Act of Ontario — Argued that McNamara case not applicable because third party proceedings in respect to appellant's possible liability in main action based on federal law.*

APPEAL.

COUNSEL:

No one appearing for plaintiff.

*G. W. Ainslie, Q.C. and D. T. Sgayias* for appellant (defendant).

*P. D. Rasmussen* for respondent.

SOLICITORS:

*Hume, Martin & Timmins*, Toronto, for plaintiff.

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant (defendant).

*Hewitt, Hewitt, Nesbitt, Reid, McDonald & Tierney*, Ottawa, for respondent.

**The Foundation Company of Canada Limited**  
(*Demanderesse*)

a  
c.

**La Reine (Appelante) (Défenderesse)**

b  
et

**Thomas Fuller Construction Co. (1958) Limited**  
(*Intimée*)

c Cour d'appel, le juge en chef Jackett, les juges Heald et Ryan—Ottawa, le 25 octobre 1978.

*Pratique — Compétence — Dans une action en dommages-intérêts pour inexécution de contrat ou, subsidiairement, pour négligence, l'appelante (défenderesse) dans son avis à tierce partie demande que l'intimée l'indemnise de toute responsabilité envers la demanderesse en vertu d'un contrat qu'elle a conclu avec l'appelante (défenderesse) et l'intimée, ou que l'intimée contribue à la réparation des dommages en vertu de The Negligence Act de l'Ontario — On soutient que l'arrêt McNamara ne s'applique pas parce que la procédure relative à la tierce partie engagée à l'égard de la responsabilité éventuelle de l'appelante dans l'action principale est fondée sur le droit fédéral.*

f  
APPEL.

AVOCATS:

Personne n'a comparu pour la demanderesse.

g *G. W. Ainslie, c.r. et D. T. Sgayias* pour l'appelante (défenderesse).

h *P. D. Rasmussen* pour l'intimée.

PROCUREURS:

i *Hume, Martin & Timmins*, Toronto, pour la demanderesse.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante (défenderesse).

j *Hewitt, Hewitt, Nesbitt, Reid, McDonald & Tierney*, Ottawa, pour l'intimée.

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

JACKETT C.J.: It is not necessary to hear you Mr. Rasmussen.

This is an appeal from a judgment of the Trial Division striking out a third party notice.

The principal action is an action by The Foundation Company of Canada Limited against Her Majesty in right of Canada for damages for breach of contract or, in the alternative, for negligence. By the third party notice, Her Majesty claims to be entitled either to be indemnified by the respondent against liability to The Foundation Company pursuant to a contract between Her Majesty and the respondent or to contribution from the respondent pursuant to *The Negligence Act of Ontario*, R.S.O. 1970, c. 296.

On a motion for directions respecting the third party issue, judgment was given in the Trial Division, reading as follows:

On the face of it the claim asserted by the Crown against the third party is not based on the contract alleged by the plaintiff. It is based on *The Negligence Act of Ontario* and on a separate contract between it and the third party. There is no "federal law" involved to support the jurisdiction of the Court to entertain the third party claim. On the basis of the *McNamara* decision the Court is without jurisdiction. The third party notice should therefore be struck out under Rule 1729, the whole with costs.

The appellant's appeal to this Court, as I understand it, is based, in effect, on the contention that the *McNamara* decision of the Supreme Court of Canada<sup>1</sup> does not apply because the third party proceedings are in respect of the appellant's possible liability in the main action, which is based on a federal law, and the third party proceedings therefore fall within the jurisdiction that Parliament can confer on the Federal Court under section 101 of *The British North America Act, 1867*, notwithstanding the *McNamara* decision.

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

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

LE JUGE EN CHEF JACKETT: Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M<sup>e</sup> Rasmussen.

Il s'agit en l'espèce de l'appel d'un jugement de la Division de première instance radiant un avis à tierce partie.

L'action principale a été engagée par The Foundation Company of Canada Limited contre Sa Majesté du chef du Canada en dommages-intérêts pour inexécution de contrat ou, subsidiairement, pour négligence. Dans son avis à tierce partie, Sa Majesté prétend avoir droit soit à ce que l'intimée l'indemnisé de toute responsabilité envers The Foundation Company en vertu du contrat qu'elle a conclu avec l'intimée, soit à ce que l'intimée contribue à la réparation des dommages en vertu de *The Negligence Act de l'Ontario*, S.R.O. 1970, c. 296.

Une requête pour instructions relativement à la question de la tierce partie ayant été faite, la Division de première instance a rendu le jugement qui suit:

[TRADUCTION] A sa face même, la demande de la Couronne à l'encontre de la tierce partie n'est pas fondée sur le contrat dont la demanderesse allègue l'existence mais sur *The Negligence Act de l'Ontario* et sur un contrat distinct qu'elle a conclu avec celle-ci. Il n'y a pas de droit fédéral impliqué qui puisse donner compétence à la Cour pour connaître de la demande vis-à-vis la tierce partie. Vu l'arrêt *McNamara*, la Cour est incompétente. Il s'ensuit que l'avis à tierce partie devrait être radié conformément à la Règle 1729, le tout avec dépens.

Le recours de l'appelante à la présente cour, si je comprends bien, s'appuie en fait sur la prétention que l'arrêt *McNamara* de la Cour suprême du Canada<sup>1</sup> ne s'applique pas parce que la procédure relative à tierce partie qui a été engagée concerne la responsabilité éventuelle de l'appelante dans l'action principale, laquelle est fondée sur le droit fédéral, et qu'il s'ensuit que la procédure relative à la tierce partie relève de la compétence que le Parlement pouvait attribuer à la Cour fédérale en vertu de l'article 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, en dépit de l'arrêt *McNamara*.

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

In my view, for purposes of section 101, an action and a third party proceeding are two separate proceedings; and, for the Federal Court to have jurisdiction in either proceeding, that proceeding must be to enforce a right conferred by a "federal law"<sup>2</sup>. Furthermore, in my view, the third party proceeding in this case is to enforce a right claimed to have been conferred by the ordinary provincial law of contract as applicable between subject and subject or by *The Negligence Act* of Ontario, neither of which is a "federal law"; and in my view, such a claim does not become a claim based on a "federal law" because the operation of a federal law enters into the creation of the conditions precedent to the existence of the right that is being claimed under the provincial law.

This is the law established by the reasons for judgment in the *McNamara* case, as I understand them, and it is not subject to modification by reason of possible inconvenience or, indeed, as might happen in this case, by reason of the fact that Her Majesty may, in consequence, have no right of contribution under *The Negligence Act* of Ontario. The remedy, if one is desirable, lies in appropriate legislation.

I propose that the appeal be dismissed with costs.

\* \* \*

HEALD J. concurred.

\* \* \*

RYAN J. concurred.

<sup>2</sup> *Western Caissons (Quebec) Limited v. McNamara Corporation of Newfoundland Co. Limited* [1979] 1 F.C. 509.

A mon avis, pour les fins de l'article 101, une action et une procédure relative à tierce partie constituent deux instances distinctes et, pour que la Cour fédérale soit compétente pour connaître de l'une et l'autre, chacune doit viser à faire appliquer un droit conféré par le «droit fédéral»<sup>2</sup>. De plus, à mon avis, la procédure relative à tierce partie engagée en l'espèce vise à faire appliquer un droit soi-disant créé soit par le droit commun provincial des contrats applicable entre personnes privées, soit par *The Negligence Act* de l'Ontario; ni l'un ni l'autre ne font partie du «droit fédéral» et, à mon avis, ce genre de demande ne devient pas une demande fondée sur le «droit fédéral» simplement parce qu'il faut l'opération d'une règle de droit fédérale pour que soient réalisées les conditions nécessaires à la naissance du droit que l'on réclame en vertu de la loi provinciale.

C'est là la règle de droit établie par les motifs de l'arrêt *McNamara*, tels que je les comprends, et elle ne saurait être modifiée parce qu'elle cause quelque inconvénient ou même, comme il se peut que ce soit le cas en l'espèce, parce que Sa Majesté pourrait, en conséquence, ne pas avoir droit à la contribution en vertu de *The Negligence Act* de l'Ontario. C'est le législateur qui peut remédier à cela s'il le juge opportun.

Je propose de rejeter l'appel avec dépens.

\* \* \*

LE JUGE HEALD y a souscrit.

\* \* \*

LE JUGE RYAN y a souscrit.

<sup>2</sup> *Western Caissons (Quebec) Limited c. McNamara Corporation of Newfoundland Co. Limited* [1979] 1 C.F. 509.