

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

64-09-CA

DONALD HOVEY

APPELLANT

- and -

DOREEN POND

RESPONDENT

Hovey v. Pond, 2010 NBCA 2

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
April 15, 2009

History of Case:

Decision under appeal:
2009 NBQB 86

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
October 21, 2009

Judgment rendered:
January 14, 2010

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Larlee

Concurred in by:
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard

DONALD HOVEY

APPELANT

- et -

DOREEN POND

INTIMÉE

Hovey c. Pond, 2010 NBCA2

CORAM :

L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Richard

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 15 avril 2009

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2009 NBBR 86

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 21 octobre 2009

Jugement rendu :
Le 14 janvier 2010

Motifs de jugement :
L'honorable juge Larlee

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Richard

Counsel at hearing:

For the appellant:
E. Thomas Christie, Q.C.

For the respondent:
J. William Cabel

THE COURT

The appeal is allowed, the trial decision is set aside and the appellant is awarded trial costs in the amount of \$2,625 and costs on appeal in the amount of \$2,500.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
E. Thomas Christie, c.r.

Pour l'intimée :
J. William Cabel

LA COUR

L'appel est accueilli, la décision rendue en première instance est annulée et l'appelant obtient des dépens afférents au procès et à l'appel qui sont respectivement fixés à 2 625 \$ et 2 500 \$.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

[1] Donald Hovey is appealing from a decision of a judge of the Court of Queen's Bench that determined the property boundaries between him and his neighbor, Doreen Pond. The case raises the issue of the application of legal principles pertaining to the derogation from an original Crown grant of property. The trial decision is reported at (2009), 343 N.B.R. (2d) 390, [2009] N.B.J. No. 95 (QL), 2009 NBQB 86.

I. The Facts

[2] Two hundred years after the Crown granted Lot # 74 to the appellant's predecessors in title, this Court is asked to determine a portion of the boundary line between it and the adjacent property, Lot # 73, which the Crown granted to the respondent's predecessors in title. Donald Hovey and Doreen Pond are the adjacent property owners on the north side of the southwest branch of the Miramichi River at Porter's Cove. Mr. Hovey's title arises from the Crown grant of Lot # 74 in 1809 (see Appendix "A"). Ms. Pond's title arises from the Crown grant of Lot # 73 in 1916. There is a peninsula between the two properties and it is only the ownership of the tip of the peninsula that is in dispute. The action was framed in trespass, seeking among other things a declaration that the property line between the two parcels be recognized as extending across a so-called "bogan", as it presently exists, then across the peninsula to the southwest Miramichi River. The trial judge described a "bogan" as a backwater or sluggish side stream and not as a part of a river. That fact is not in dispute between the parties.

[3] The peninsula at issue physically extends out of, or is an extension of Lot # 74 which is owned by Mr. Hovey. In order for Ms. Pond to access the peninsula she must traverse the "bogan".

[4] The 1809 Crown grant and plan map of Lot # 74 clearly show that the boundary line between Lots # 74 and # 73 stops at a point on the plan map where the present “bogan” begins. The line does not cross whatever water feature is shown on the 1809 plan map nor does it extend across the peninsula. In addition the plan map of the 1809 grant contains the following ambiguous notation on the top portion of the document:

The sidelines of all lots in the Northern Division run
due north by the magnet from their several
boundaries of the north bank of the River.

[5] Thirty years later in 1839, a survey was completed by James Price, Deputy Surveyor, showing the dividing line between the two lots as crossing the peninsula with no annotation explaining this change in relation to the 1809 grant. Subsequent to the Grant of Lot # 74, the Crown never reclaimed any portion of it.

[6] Between 1809 and 1839, there were seven transactions concerning Lot # 74, none of which called into question the extent of Lot # 74. Between 1839 and 1916, there were an additional seven transactions concerning Lot # 74, and again none of these called into question the extent of Lot # 74 granted in 1809.

[7] In 1916, the Crown granted Lot # 73. The Grant at that time included the plan map which shows the boundary line crossing the peninsula and the following recitation which states in part: “[...] **but not interfering with Lot seventy-four aforesaid**”.

[8] There is physical evidence on the ground indicating the boundary line between Lot # 73 and # 74, on what is known as the highland, above what has been described as the “bogan”, that is consistent with the boundary line as drawn in the 1809 grant plan map. There is no physical evidence on the ground on the peninsula that would indicate where any boundary is or was intended to be. Occasionally the disputed property is under water.

[9] Ms. Pond alleged that Mr. Hovey trespassed and caused damage to the parts of the peninsula that she claims to own. The trial judge found that on a balance of probabilities the peninsula belonged to Ms. Pond. However, she found that little or no harm had been done to the land by Mr. Hovey. She awarded nominal general damages of \$1,500 for the trespass, in addition to special damages of \$19,392.15 for survey costs and legal opinions. She further awarded \$2,625 in costs, plus disbursements.

II. Issues

[10] Mr. Hovey relies on numerous grounds of appeal:

1. The trial judge erred in law in concluding that the 1916 grant of Lot # 73 could derogate from the 1809 grant of Lot # 74;
2. The trial judge disregarded or misapplied relevant evidence indicating there was visible occupation and usage markings between Lot # 73 and Lot # 74 consistent with that shown on the 1809 grant plan map;
3. The trial judge disregarded and misapplied relevant evidence in that the 1809 grant of Lot # 74 shows no so called “bogan” feature existing at that time along the north bank of the Southwest Miramichi River.
4. The trial judge considered and misapprehended irrelevant evidence with respect to the legal effect upon prior existing grants of subsequent indexing and mapping entries at the Crown Lands Office;
5. The trial judge misapprehended the evidence when concluding that the deed of Lot # 74 in 1809 and the Grant of # 73 in 1916 together with the maps and recitations clearly indicate the disputed peninsula has *always* belonged to Lot # 73.
6. The trial judge erred in law in awarding general damages without a finding that a “trespass” had occurred;

7. The trial judge erred in awarding special damages to the Respondent for survey and expert legal fees associated with the conduct of trial.

[11] For the reasons that follow, I am of the view that the trial judge made an error in finding that the 1916 grant of Lot # 73 could derogate from the 1809 grant of Lot # 74. My analysis will therefore be limited to the first ground of appeal as the following four are subsumed in the first and as a result of my conclusion the final two are of no consequence.

III. Analysis

[12] The trial judge was troubled by the practice of amending descriptions of Crown grants: in this case a change to the description of #74 and #73 immediately preceding the hearing. Two witnesses from Natural Resources testified that they certify what is a Crown grant and with “relevant information” sometimes change the description of a Crown grant. A cartographer testified that he had changed the Crown grant pertaining to Lot # 73 and Lot # 74 after an expert land surveyor, Earl R. Robinson, hired by Mr. Hovey, visited the Natural Resources office. The trial judge explains:

Mr. Robinson provided the information considered relevant to Mr. Dickie who then changed the Crown Grant Map. Robinson asserts that he did not ask Mr. Dickie to change the plan. Mr. Robinson contends that Hovey owns the peninsula because he owns Lot #74. Mr. Robinson also provided a new description of Lot #74 to counsel for Hovey. Counsel for Mr. Hovey, despite a court order of Mr. Justice David Russell that "Donald Hovey and any other persons acting under his direction, was restrained from doing any further damage to the property", registered a new deed in the Registry Office detailing the change made to the old Crown Grant. The following was added to the description in a deed from Hovey and his spouse to themselves:

Being a part of lot 74 (seventy-four) granted
by the Crown to Benjamin [Atherton] in

1809 and clearly shown on Crown Grant Plan of 1809 as being the "tip" or lower end of the peninsula illustrated on the said Crown Grant Plan as being part of lot number 74.

This was obviously a preemptive strike meant to usurp the function of the Court because I can see no other rational explanation for such a blatant action. [para. 20]

The trial judge comments further:

All of this evidence leads me to suspect that basing a decision strictly on Crown Grants or deed recitations is somewhat dangerous, if these documents can be changed at will. [para. 21]

She concludes:

With respect, the Crown Grant in 1809 was not clearly described and as we have been told, these Crown Grants are changed sometimes, if the cartographers are presented with what Ms. Daneff described as "relevant information". This is a dangerous practice and it should be reviewed. Perhaps making notations to attach to Crown Grants would have been a more prudent way to deal with such sensitive documents. [para. 23]

[...]

In my view, the deed of Lot #74 in 1809 and the Grant of #73 in 1916 together with the maps and recitations, make it clear the disputed peninsula has always belonged to #73. [para. 26]

[13] These comments lead me to conclude that the trial judge's preoccupation with the practice of amending the description resulted in the trial judge relying on the wrong evidence. More particularly, did Mr. Hovey's counsel's (not the same counsel on appeal) actions prior to trial of having the description of Crown grant #74 amended and registering a new deed with a description of Lot #74 while there was a Court order in place lead the trial judge into error? Since there had been a description change and a new deed registered the trial judge seemed loath to rely on any 1809 evidence. It appears the

judge determined the issue by asking where the river bank is today, using 1916 evidence to answer the question, instead of asking where the Grantor, the Crown, determined the north bank of the river to be in 1809 and hence where is the boundary.

[14] The parties agree with the legal statement that a prior grant must have its effect, and the Crown cannot by a subsequent grant derogate from its act, and limit the boundaries of the prior grant (see *Robinson v. Wilson* (1847), 5 N.B.R. 301).

[15] In this case there was no metes and bounds description but the accompanying plan of Lot # 74 in 1809 shows that the line between the properties stops when it reaches the “bogan” and does not cross the peninsula. There is a notation on the plan which everybody agrees is ambiguous but which, in my view, is irrelevant. The plan speaks for itself. The words added to the description of the 1916 grant are an indication that its description might be contentious.

[16] In *Grasett v. Carter* (1884), 10 S.C.R. 105, [1884] S.C.J. No. 18 (QL), the Supreme Court of Canada recognized the importance of a plan in determining the size of a particular lot:

When lands are described, as in the present instance, by a reference, either expressly or by implication, to a plan, the plan is considered as incorporated with the deed, and the contents and boundaries of the land conveyed, as defined by the plan, are to be taken as part of the description, just as though an extended description to that effect was in words contained in the body of the deed itself. Then, the interpretation of the description in the deed is a matter of legal construction and to be determined accordingly as a question of law by the judge, and not as a question of fact by the jury. In construing the description contained in the deed, in cases where land is conveyed by a private owner, and where no statutory regulations apply, but the deed has to be interpreted according to common law rules of construction, extrinsic evidence of monuments and actual boundary marks found upon the ground, but not referred to in the deed is inadmissible to control the [...] deed, but, if reference is made by the deed to such monuments and

boundaries, they govern, although they may call for courses, distances, or computed contents which do not agree with those stated in the deed. [pp. 114-115]

[17] In the case before us, G. Keith Allen, Q.C., an expert who testified at the trial, explains this implication in a concise manner:

The grant of Lot 74 was made in 1809 to one Benjamin Atherton. There is no individual lot description in the grant. The metes and bounds description in the grant encompasses a large number of lots and then specifies which lot goes to which individual. In this case Lot 74 contains 230 acres and was granted to Benjamin Atherton. Since Lot 74 is described only by specific reference to the Grant plan, the plan is considered as incorporated with the grant and the contents and boundaries of Lot 74 as defined by the plan are to be taken as part of the description just as if an extended description to that effect was in words contained in the body of the grant. The only way to determine what in fact was granted is to examine the plan which therefore forms an integral part of the grant.

The survey plan accompanying the grant shows Lot 74 as including the peninsula, being the lands south of the bogan and north of the river and in front of Lot 73.

[...]

The 1916 grant of Lot 73 clearly purports to grant a portion of Lot 74 which was previously granted. It seems clear that the draftsman of the grant of Lot 73 was obviously concerned and saw this as a potential problem. The description contained in the grant ends with the words “but not interfering with lot number seventy-four aforesaid”. This is most unusual to find in a grant description, and in fact I cannot recall ever having seen such wording in any other grant I have examined.

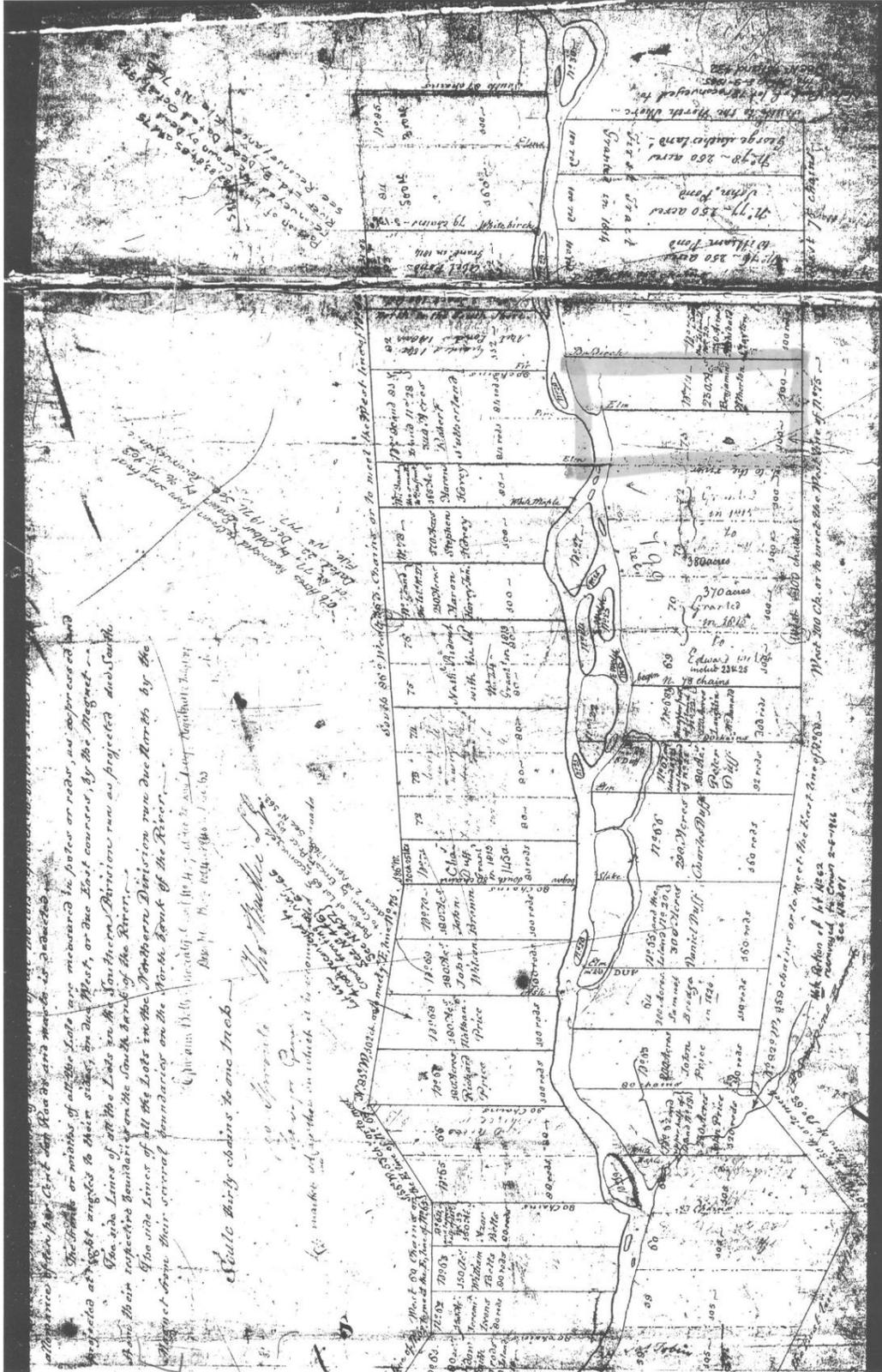
[18] The only evidence of the original grant is found in the documentation filed in 1809. Ms. Pond’s witnesses do not comment on it at all. There is no factual basis on which to ignore the 1809 plan. There is no better evidence than the 1809 plan since the line was chosen and drawn by the Crown. It is conceded by the respondent that the 1809

line never was considered to have gone across the peninsula. Thus, it is the only reliable and relevant evidence and in ignoring it the trial judge has made a reversible error. Her finding to the contrary constitutes a palpable and overriding error as it is not supported by the evidence. It makes no difference if the water feature on the 1809 plan was a “bogan”, or if it is a “bogan” now: it is irrelevant because this is not a case about the nature of the water feature. The grant has to be looked at historically. The 1809 grant is not vague. It is clear and unambiguous. No change to a description can affect it. It is impossible to derogate from it. In my view, based on the 1809 grant, the appellant is the owner of the disputed land.

IV. Disposition

[19] For these reasons I would allow the appeal, set aside the trial decision and award trial costs in the amount of \$2,625 and costs on appeal in the amount of \$2,500.

APPENDIX "A" / ANNEXE « A »



*The boundaries of Lot # 73 and # 74 have been highlighted

LA JUGE LARLEE

[1] Donald Hovey interjette appel de la décision d'une juge de la Cour du Banc de la Reine dans laquelle celle-ci a déterminé l'emplacement de la limite séparant son bien-fonds de celui de sa voisine, Doreen Pond. Cette affaire soulève la question de l'application des principes juridiques régissant l'atteinte à une concession primitive de la Couronne. La décision rendue en première instance est publiée au volume (2009), 343 R.N.-B. (2^e) 390 et à [2009] A.N.-B. n^o 95 (QL), 2009 NBBR 86.

I. Les faits

[2] Deux cents ans après que la Couronne a concédé le lot n^o 74 aux prédécesseurs de l'appelant, on demande à notre Cour de déterminer l'emplacement d'une partie de la ligne de délimitation qui sépare ce lot de la propriété adjacente, le lot n^o 73, que la Couronne a concédé aux prédécesseurs de l'intimée. Donald Hovey et Doreen Pond sont les propriétaires des biens-fonds adjacents sis sur la rive nord de l'embranchement sud-ouest de la rivière Miramichi, à Porter Cove. Le titre de M. Hovey découle de la concession du lot n^o 74 que la Couronne a effectuée en 1809 (voir l'Annexe « A »). Le titre de M^{me} Pond découle de la concession par la Couronne du lot n^o 73 en 1916. Il y a une péninsule entre les deux biens-fonds et c'est seulement la propriété de l'extrémité de cette péninsule qui est en litige. Il s'agit d'une action pour intrusion dans laquelle on sollicitait, notamment, un jugement déclaratoire reconnaissant que la limite de propriété séparant les deux parcelles traverse ce qu'il est convenu d'appeler un « padou », dans son état actuel, et ensuite la péninsule jusqu'à la rivière Southwest Miramichi. Selon la description qu'en a faite la juge du procès, un « padou » est une eau arrêtée ou un affluent à écoulement lent; il ne fait pas partie d'une rivière. Ce fait n'est pas en litige.

[3] La péninsule en question est physiquement rattachée au lot n° 74 qui appartient à M. Hovey, elle en est le prolongement. Pour accéder à la péninsule, M^{me} Pond doit traverser le « padou ».

[4] La concession de la Couronne et la carte du lot n° 74 établies en 1809 montrent clairement que la ligne de délimitation qui sépare les lots n^{os} 74 et 73 s'arrête à l'endroit sur la carte où le « padou » actuel commence. La ligne ne franchit pas l'étendue d'eau, de quelque nature qu'elle puisse être, qui est indiquée sur la carte tracée en 1809 et elle ne traverse pas non plus la péninsule. De plus, le plan de la concession effectuée en 1809 contient l'annotation ambiguë suivante qui est inscrite au haut du document :

[TRADUCTION] Les lignes latérales de tous les lots de la division nord sont orientées franc nord selon le relevé magnétique à partir de leurs limites respectives à la rive nord de la rivière.

[5] Trente ans plus tard, soit en 1839, James Price, arpenteur adjoint, a effectué un arpentage selon lequel la ligne de séparation entre les deux lots traversait la péninsule, mais aucune annotation n'expliquait cette modification par rapport à la concession de 1809. Après avoir concédé le lot n° 74, la Couronne n'en a revendiqué aucune partie.

[6] Entre 1809 et 1839, le lot n° 74 a fait l'objet de neuf opérations dans le cadre desquelles l'étendue ou la superficie du lot n° 74 n'ont jamais été mises en doute. Entre 1839 et 1916, il y a eu sept opérations additionnelles concernant le lot n° 74 et là encore, aucune de ces opérations n'a mis en doute l'étendue ou la superficie du lot n° 74 concédé en 1809.

[7] En 1916, la Couronne a concédé le lot n° 73. Cette fois-là, la concession s'accompagnait de la carte sur laquelle il est indiqué que la ligne de délimitation traverse la péninsule et d'un énoncé qui est en partie rédigé ainsi : [TRADUCTION] « [...] mais sans empiétement sur le lot soixante-quatorze susmentionné ».

[8] Il y a, sur le terrain, des éléments de preuve matériels qui indiquent que la ligne de délimitation entre les lots n^{os} 73 et 74, sur ce qui est connu sous le nom de « haute terre », au-dessus de ce qui a été décrit comme étant le « padou », est compatible avec la ligne de délimitation qui a été tracée sur le plan de la concession effectuée en 1809. Il n'y a aucun élément de preuve matériel, sur le sol de la péninsule, qui indiquerait à quel endroit une quelconque limite se trouve ou devait se trouver. Il arrive à l'occasion que le bien-fonds en litige soit submergé.

[9] M^{me} Pond a prétendu que M. Hovey s'est rendu coupable d'intrusion et a causé des dommages sur les parties de la péninsule dont elle prétend être propriétaire. La juge du procès a conclu que suivant la prépondérance des probabilités, la péninsule appartenait à M^{me} Pond. Toutefois, elle a conclu que M. Hovey n'avait causé que peu de dommages aux biens-fonds ou n'en avait causé aucun. Elle a accordé des dommages-intérêts généraux symboliques de 1 500 \$ au titre de l'intrusion ainsi que des dommages-intérêts particuliers de 19 392,15 \$ au titre des frais d'arpentage et des avis juridiques. Elle a également adjugé des dépens de 2 625 \$ plus les débours.

II. Les questions à trancher

[10] M. Hovey soulève de nombreux moyens d'appel :

[TRADUCTION]

1. La juge du procès a commis une erreur de droit en concluant que la concession du lot n^o 73 en 1916, pouvait porter atteinte à la concession du lot n^o 74 effectuée en 1809.
2. La juge du procès n'a pas tenu compte des éléments de preuve pertinents indiquant qu'il y avait, entre le lot n^o 73 et le lot n^o 74, des marques d'occupation et d'usage visibles compatibles avec celles figurant sur la carte des concessions établie en 1809 ou les a mal appliqués.

3. La juge du procès n'a pas tenu compte d'éléments de preuve pertinents et les a mal appliqués en ce sens que l'acte de concession du lot n° 74 établi en 1809 ne montre aucun élément appelé « padou » qui aurait existé à l'époque le long de la rive nord de la rivière Southwest Miramichi.
4. La juge du procès a pris en compte et mal interprété des éléments de preuve non pertinents en ce qui concerne les effets juridiques, sur les concessions antérieures existantes, d'inscriptions au répertoire et de représentations cartographiques subséquentes faites au bureau des terres de la Couronne.
5. La juge du procès a mal interprété la preuve lorsqu'elle a conclu que l'acte de concession du lot n° 74 établi en 1809 et la concession du lot n° 73 en 1916, ensemble les cartes et énoncés y figurant, indiquent clairement que la péninsule contestée a *toujours* fait partie du lot n° 73.
6. La juge du procès a commis une erreur de droit en accordant des dommages-intérêts généraux sans avoir conclu qu'il y avait eu « intrusion ».
7. La juge du procès a commis une erreur en accordant des dommages-intérêts particuliers à l'intimée pour les frais d'arpentage et les honoraires d'avocats associés à la tenue du procès.

[11] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la juge du procès a commis une erreur en concluant que la concession du lot n° 73 effectuée en 1916 pouvait porter atteinte à la concession du lot n° 74 effectuée en 1809. Mon analyse se limitera donc au premier moyen d'appel, puisque les quatre moyens suivants sont subsumés sous le premier et que par suite de ma conclusion les deux derniers ne tirent pas à conséquence.

III. Analyse

[12] La juge du procès a été préoccupée par la pratique qui consiste à modifier la description de certaines concessions de la Couronne : en l'espèce, la modification de la description des lots n^{os} 74 et 73 immédiatement avant l'audience. Deux témoins du

ministère des Ressources naturelles ont témoigné qu'ils attestent ce qu'est une concession de la Couronne et qu'il leur arrive, lorsqu'ils disposent de [TRADUCTION] « renseignements pertinents », de modifier la description d'une concession de la Couronne. Un cartographe a témoigné qu'il avait modifié la concession de la Couronne se rapportant au lot n° 73 et au lot n° 74 après qu'un arpenteur-géomètre, Earl R. Robinson, dont M. Hovey avait retenu les services, fut venu aux bureaux du ministère des Ressources naturelles. La juge du procès a donné les explications suivantes :

[TRADUCTION]

M. Robinson a fourni les renseignements jugés pertinents à M. Dickie qui a ensuite modifié la carte des concessions de la Couronne. M. Robinson fait valoir qu'il n'a pas demandé à M. Dickie de modifier le plan. M. Robinson prétend que M. Hovey est propriétaire de la péninsule parce que le lot n° 74 lui appartient. M. Robinson a également fourni une nouvelle description du lot n° 74 à l'avocat de M. Hovey. L'avocat de M. Hovey, malgré une ordonnance judiciaire rendue par le juge David Russell interdisant à « Donald Hovey et à toute personne agissant sur ses instructions de causer d'autres dommages au bien-fonds en question », a fait enregistrer au bureau de l'enregistrement un nouvel acte formaliste faisant état des modifications apportées à l'ancienne concession de la Couronne. Le texte suivant a été ajouté à la description dans un acte formaliste établi par M. Hovey et sa conjointe en leur propre faveur :

La parcelle constituant une partie du lot numéro 74 (soixante-quatorze) que la Couronne a concédé à Benjamin [Atherton] en 1809 qui, comme l'indique clairement le plan des concessions de la Couronne établi en 1809, est la « pointe » ou l'extrémité inférieure de la péninsule et qui, selon l'illustration figurant sur ce même plan des concessions de la Couronne, fait partie du lot numéro 74.

C'était manifestement là une action préventive destinée à usurper la fonction de la Cour parce que je ne vois aucune autre explication rationnelle à une mesure aussi criante [par. 20].

La juge du procès a ensuite ajouté ceci :

[TRADUCTION]

Toute cette preuve m'amène à soupçonner qu'il est quelque peu dangereux de fonder une décision uniquement sur des concessions de la Couronne ou sur des énoncés figurant dans des actes formalistes si ces documents peuvent être modifiés à volonté [par. 21].

Elle termine ainsi :

[TRADUCTION]

En toute déférence, la concession faite par la Couronne en 1809 n'était pas clairement définie et comme on nous l'a dit, il arrive que ces concessions de la Couronne soient modifiées si les cartographes reçoivent ce que M^{me} Daneff a appelé des « renseignements pertinents ». C'est là une pratique qui est dangereuse et qui devrait être revue. Il aurait sans doute été plus prudent, étant donné le caractère très sensible de ces documents, de rédiger des notes afin qu'elles soient jointes aux concessions de la Couronne [par. 23].

[...]

À mon avis, l'acte de concession du lot n° 74 établi en 1809 et la concession du lot n° 73 en 1916, ensemble avec les cartes et énoncés y figurant, indiquent clairement que la péninsule contestée a *toujours* fait partie du lot n° 73 [par. 26].

[13] Ces commentaires m'amènent à conclure que la préoccupation qu'entretenait la juge du procès à l'endroit de la pratique consistant à modifier les descriptions l'a amenée à se fonder sur les mauvais éléments de preuve. Plus précisément, les actes que l'avocat de M. Hovey (qui n'était pas le même qu'en appel) a accomplis avant le procès et qui ont consisté à faire modifier la description de la concession du lot n° 74 par la Couronne et à faire enregistrer un nouvel acte formaliste comportant une description du lot n° 74 alors qu'une ordonnance judiciaire était en

vigueur ont-ils fait tomber la juge du procès dans l'erreur? Puisque la description avait été modifiée et qu'un nouvel acte formaliste avait été enregistré, la juge du procès a semblé répugner à s'appuyer sur tout élément de preuve datant de 1809. Il semble que la juge a tranché la question en litige en se demandant où se trouve la berge de la rivière aujourd'hui et en se servant des éléments de preuve datant de 1916 pour répondre à cette question au lieu de se demander à quel endroit la concédante, savoir la Couronne, avait situé la berge nord de la rivière en 1809 et donc à quel endroit se trouve la limite de la propriété.

[14] Les parties souscrivent à l'énoncé juridique voulant qu'une concession antérieure doive être exécutoire et que la Couronne ne puisse, au moyen d'une concession ultérieure, déroger à son acte et redéfinir les limites de la concession antérieure (voir la décision *Robinson c. Wilson* (1847), 5 R.N.-B. 301).

[15] En l'espèce, il n'y avait pas de description par mesurage et délimitation, mais le plan du lot n° 74 établi en 1809 qui est annexé aux présentes montre que la ligne qui sépare les deux propriétés prend fin là où elle atteint le « padou » et que cette ligne ne traverse pas la péninsule. Il y a sur le plan une note dont tous conviennent qu'elle est ambiguë mais qui, à mon avis, n'est pas pertinente. Le plan est tout ce qu'il y a de plus clair. Les mots ajoutés à la description de la concession faite en 1916 donnent à penser que la description de cette concession pouvait être litigieuse.

[16] Dans l'arrêt *Grasett c. Carter* (1884), 10 R.C.S. 105, [1884] A.C.S. n° 18 (QL), la Cour suprême du Canada a reconnu l'importance d'un plan aux fins de déterminer la taille d'un lot :

[TRADUCTION]

Lorsque des biens-fonds sont décrits, comme c'est le cas en l'espèce, au moyen d'un renvoi, soit exprès soit implicite, à un plan, ce plan est considéré être incorporé dans l'acte formaliste et la superficie et les limites du biens-fonds transporté, telles que définies sur le plan, sont réputées faire partie de la description, au même titre que si une description détaillée de cette superficie et de ces limites

était exprimée par des mots dans le corps de l'acte formaliste lui-même. Puis, le sens à donner à la description figurant dans l'acte formaliste est une question d'interprétation juridique et elle doit être tranchée en conséquence comme une question de droit par le juge et non comme une question de fait par le jury. Lorsqu'on interprète la description figurant dans l'acte formaliste, dans les cas où un bien-fonds est transporté par un particulier et lorsque aucune disposition législative ne s'applique, mais que l'acte formaliste doit être interprété conformément aux règles d'interprétation de la common law, une preuve extrinsèque établissant l'existence de bornes se trouvant sur le sol mais non mentionnées dans l'acte formaliste n'est pas admissible pour faire échec à l'acte formaliste, mais s'il est fait mention, dans l'acte formaliste, de ces bornes, celles-ci l'emportent bien qu'elles puissent donner lieu à des tracés, des distances ou une superficie calculée qui ne correspondent pas à ceux mentionnés dans l'acte formaliste [p. 114 et 115].

[17] Dans l'affaire qui nous occupe, G. Keith Allen, c.r., expert qui a témoigné au procès, a expliqué ce que cela suppose d'une façon concise :

[TRADUCTION]

Le lot n° 74 a été concédé en 1809 à un dénommé Benjamin Atherton. Il n'y a pas de description individuelle des lots dans l'acte de concession. La description par mesurage et délimitation englobe un grand nombre de lots et précise ensuite quel lot est attribué à quelle personne. En l'espèce, le lot n° 74 a une superficie de deux cent trente acres et il a été concédé à Benjamin Atherton. Puisque le lot n° 74 n'est décrit qu'au moyen d'un renvoi spécifique au plan des concessions, ce plan est considéré être incorporé dans l'acte de concession et la superficie et les limites du lot n° 74, telles qu'elles sont définies sur le plan, sont réputées faire partie de la description, au même titre que si une description détaillée de cette superficie et de ces limites était exprimée par des mots dans le corps de l'acte de concession. La seule façon de déterminer ce qui a effectivement été concédé consiste à examiner le plan qui fait donc partie intégrante de l'acte de concession.

Le plan d'arpentage qui accompagne l'acte de concession montre que le lot n° 74 comprend la péninsule, laquelle est

constituée des terrains situés au sud du padou, au nord de la rivière et devant le lot n° 73.

[...]

Dans le cadre de la concession du lot n° 73 en 1916, on a clairement prétendu concéder une partie du lot n° 74 qui avait déjà été concédée. Il semble manifeste que le rédacteur de l'acte de concession du lot n° 73 était préoccupé et a estimé que c'était là un problème potentiel. La description contenue dans l'acte de concession se termine par les mots [TRADUCTION] « mais sans empiètement sur le lot soixante-quatorze susmentionné ». Cela est tout à fait inhabituel et en fait, je ne me rappelle pas avoir vu un libellé pareil dans un autre acte de concession que j'aurais examiné.

[18] La seule preuve de la concession primitive consiste dans les documents déposés en 1809. Les témoins de M^{me} Pond ne les ont absolument pas commentés. Il n'existe aucun fondement factuel sur lequel on pourrait s'appuyer pour passer outre au plan de 1809. Il n'y a pas de meilleure preuve que le plan établi en 1809 puisque la ligne, ou la limite, a été choisie et tracée par la Couronne. L'intimée reconnaît que la limite établie en 1809 n'a jamais été réputée traverser la péninsule. C'est donc là la seule preuve qui soit digne de foi et pertinente et en n'en tenant pas compte, la juge du procès a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision. La conclusion contraire qu'elle a tirée constitue une erreur manifeste et dominante puisqu'elle ne trouve pas appui dans la preuve. Il importe peu que l'étendue d'eau figurant sur le plan de 1809 ait été un « padou » ou qu'elle soit maintenant un « padou »; cela n'est pas pertinent parce que la présente instance ne porte pas sur la nature de cette étendue d'eau. La concession doit être envisagée dans une perspective historique. La concession effectuée en 1809 n'est pas vague. Elle est claire et non ambiguë. Aucune modification apportée à la description ne peut avoir une incidence sur cette concession. Il est impossible d'y porter atteinte. J'estime, en m'appuyant sur l'acte de concession établi en 1809, que l'appelant est le propriétaire du biens-fonds en litige.

IV. Dispositif

[19] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la décision rendue en première instance et d'accorder des dépens afférents au procès de 2 625 \$ et des dépens afférents à l'appel de 2 500 \$.

