

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

114-08-CA

BLUE NOTE MINING INC. and BLUE NOTE  
CARIBOU MINES INC.

(Plaintiffs/Defendants  
by Counterclaim) APPELLANTS

- and -

DIORITE SECURITIES LIMITED, as TRUSTEE  
OF THE FERN TRUST

(Plaintiff/Defendant  
by Counterclaim) RESPONDENT

- and -

CANZINCO LTD. and BREAKWATER  
RESOURCES LTD.

(Defendants  
by Counterclaim) RESPONDENTS

Blue Note Mining Inc. and Blue Note Caribou  
Mines Inc. v. Diorite Securities Limited et al.,  
2009 NBCA 17

CORAM:

The Honourable Justice Turnbull  
The Honourable Justice Robertson  
The Honourable Justice Richard

Appeal from a decision  
of the Court of Queen's Bench:  
September 30, 2008

History of case:

Decision under appeal:  
2008 NBQB 310

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

BLUE NOTE MINING INC. et BLUE NOTE  
CARIBOU MINES INC.

(Demandereses/défenderesses dans la demande  
reconventionnelle) APPELANTES

- et -

DIORITE SECURITIES LIMITED, en sa qualité  
de FIDUCIAIRE DE FERN TRUST

(Demanderesse/défenderesse dans la demande  
reconventionnelle) INTIMÉE

- et -

CANZINCO LTD. et LES RESSOURCES  
BREAKWATER LTÉE

(Défenderesses dans la demande  
reconventionnelle) INTIMÉES

Blue Note Mining Inc. et Blue Note Caribou  
Mines Inc. c. Diorite Securities Limited et autres,  
2009 NBCA 17

CORAM :

L'honorable juge Turnbull  
L'honorable juge Robertson  
L'honorable juge Richard

Appel d'une décision  
de la Cour du Banc de la Reine :  
Le 30 septembre 2008

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
2008 NBBR 310

Procédures préliminaires ou accessoires :  
S.O.

Appeal heard:  
February 24, 2009

Appel entendu :  
Le 24 février 2009

Judgment rendered:  
February 24, 2009

Jugement rendu :  
Le 24 février 2009

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellants:  
George L. Cooper

Pour les appelantes :  
George L. Cooper

For the respondents:  
Thomas G. O'Neil, Q.C. and  
Matthew P. Gottlieb for Diorite Securities Limited

Pour les intimées :  
Thomas G. O'Neil, c.r., et  
Matthew P. Gottlieb pour Diorite Securities  
Limited

Stephen J. Hutchison,  
for CanZinco Ltd. and Breakwater Resources Ltd.

Stephen J. Hutchison,  
pour CanZinco Ltd. et Les ressources  
Breakwater ltée

#### THE COURT

#### LA COUR

The appeal is dismissed with costs of \$3,500 payable to the respondent, Diorite Securities Limited.

Rejette l'appel avec dépens de 3 500 \$ payables à l'intimée Diorite Securities Limited.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

(Orally)

[1] This is an appeal from a decision of the Court of Queen’s Bench granting summary judgment to the respondent, Merlin Group Securities Ltd., as Trustee of the Fern Trust (hereinafter “Merlin”). Prior to the hearing of the appeal, and by order of the Registrar, Diorite Securities Limited replaced Merlin as Trustee. The impugned decision is now reported at [2008] N.B.J. No. 360 (QL), 2008 NBQB 310.

[2] The essential facts of this case are as follows. In 1991, Merlin purchased a 10% net profit interest (NPI) in a mine. The NPI was not registered under the *Mining Act*, S.N.B. 1985, c. M-14.1. Eventually, the mine was purchased by the respondents, Canzinc Ltd. and Breakwater Resources Ltd. (hereinafter “Breakwater”). On July 26, 2006, Breakwater agreed to sell the mine to the appellants, Blue Note Mining Inc. and Blue Note Caribou Mines Inc. (hereinafter “Blue Note”). The sale was completed. The underlying issue is whether the unregistered NPI is binding on Blue Note. To answer that question, the motion judge addressed two corollary issues. The first is whether the NPI qualifies as an interest in land such that it runs with the mine and is, therefore, binding on subsequent purchasers with notice. The alternative is to characterize the NPI as a purely contractual right that is non-binding on third parties. Assuming that the NPI creates an interest in land that runs with the mine, and accepting that the NPI was not registered, the second issue is whether Blue Note acquired the mine with “actual notice” of the NPI (see ss. 103 and 105 of the *Mining Act*). The motion judge answered both questions in the affirmative.

[3] In our respectful view, the motion judge did not err in granting summary judgment. His analysis and application of the law with respect to whether the NPI created an interest in the mine is correct. The motion judge’s finding that Blue Note had actual notice of the NPI at the time it entered into the agreement to purchase the mine from Breakwater is equally correct. Although the NPI was not registered, as is provided for

under the *Mining Act*, Blue Note had actual notice of the NPI prior to entering into the executory contract for the purchase and sale of the mine. Specifically, on May 23, 2006, the solicitor for Blue Note requested a copy of the NPI and, on May 26, 2006, he was provided with an unsigned copy of that document. Furthermore, the agreement of purchase and sale listed the NPI as a “Permitted Lien”. Those facts alone are sufficient to establish actual notice as that term is understood in the law.

[4] In conclusion, the motion judge did not err in granting summary judgment. Therefore, the appeal is dismissed with costs of \$3,500 payable to the respondent Diorite Securities Limited only. The respondents Canzinco Ltd. and Breakwater Resources Ltd. took no position on the hearing of the appeal.

Version française de la décision rendue par

LA COUR  
(oralement)

[1] Il s'agit d'un appel d'une décision d'un juge de la Cour du Banc de la Reine qui a accordé un jugement sommaire à l'intimée, Merlin Group Securities Ltd., en sa qualité de fiduciaire de Fern Trust (ci-après « Merlin »). Avant l'audition de l'appel, et par ordonnance du registraire, Diorite Securities Limited a remplacé Merlin en tant que fiduciaire. La décision contestée est maintenant publiée à [2008] A.N.-B. n° 360 (QL), 2008 NBBR 310.

[2] Les faits essentiels de la présente instance sont les suivants. En 1991, Merlin a acquis une participation de 10 % au revenu net dans une mine. Cet intérêt de 10 % n'a pas été enregistré, contrairement aux dispositions de la *Loi sur les mines*, L.N.-B. 1985, c. M-14.1. Par la suite, la mine a été achetée par les intimées, CanZinco Ltd. et Les ressources Breakwater ltée (ci-après « Breakwater »). Le 26 juillet 2006, Breakwater a convenu de vendre la mine aux appelantes, Blue Note Mining Inc. et Blue Note Caribou Mines Inc. (ci-après « Blue Note »). La vente a été conclue. La question sous-jacente est celle de savoir si l'instrument constatant la participation au revenu net, qui n'a pas été enregistré, lie Blue Note. Pour répondre à cette question, le juge saisi de la motion s'est penché sur deux questions accessoires. Il s'est d'abord demandé si la participation au revenu net peut être considérée comme un intérêt foncier qui est rattaché à la mine et qui, par conséquent, lie les acquéreurs postérieurs qui en ont connaissance préalable. L'autre possibilité est de considérer la participation au revenu net comme un droit purement contractuel qui ne lie pas les tiers. En supposant que cette participation crée un intérêt foncier rattaché à la mine, et si l'on accepte que l'instrument y relatif n'était pas enregistré, la deuxième question accessoire est celle de savoir si Blue Note a acheté la mine avec un « avis réel » de l'existence de la participation au revenu net (voir l'art. 103 et l'art. 105 de la *Loi sur les mines*). Le juge saisi de la motion a répondu aux deux questions par l'affirmative.

[3] Nous sommes respectueusement d'avis que le juge saisi de la motion n'a pas commis d'erreur en accordant un jugement sommaire. Son analyse et son application du droit à la question de savoir si la participation au revenu net créait un intérêt dans la mine sont justes. Lorsque le juge a conclu que Blue Note avait reçu un avis réel de l'existence de cet intérêt à l'époque où elle a conclu la convention d'achat de la mine à Breakwater, il avait raison également. Bien que la participation au revenu net n'ait pas été enregistrée, contrairement à ce que prescrit la *Loi sur les mines*, Blue Note avait effectivement reçu un avis de son existence avant de signer le contrat exécutoire d'achat-vente de la mine. Fait particulier, le 23 mai 2006, l'avocat de Blue Note a demandé qu'une copie de l'instrument constatant la participation au revenu net lui soit fournie et, le 26 mai 2006, il en a reçu une copie non signée. Qui plus est, la convention d'achat-vente citait la participation au revenu net comme « privilège autorisé ». Les faits qui précèdent suffisent à établir qu'il y a eu avis réel, au sens où l'entend la loi.

[4] En conclusion, le juge saisi de la motion n'a pas commis d'erreur en accordant un jugement sommaire. Par conséquent, l'appel est rejeté avec dépens de 3 500 \$ payable à l'intimée Diorite Securities Limited seulement. Les intimées CanZinco Ltd. et Les ressources Breakwater Ltée n'ont pris aucune position en appel.