COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

68-08-CA

PROVINCE OF NEW BRUNSWICK, as represented by the Department of Natural Resources

(Applicant) APPELLANT

- and -

DAVID E. AIKEN, DAVID GILMAN AIKEN, BRIAN GLEBE, GEORGE W. MATTHEWS, KARL MERRILL, G. BRADLEY SIMON, COASTAL HOLDINGS LTD., GREAT NORTHERN LAND AND TIMBER CORPORATION and W & R GILLESPIE LIMITED

(Respondents) RESPONDENTS

LA PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK, représentée par le ministère des Ressources naturelles

(Requérante) APPELANTE

- et -

DAVID E. AIKEN, DAVID GILMAN AIKEN, BRIAN GLEBE, GEORGE W. MATTHEWS, KARL MERRILL, G. BRADLEY SIMON, COASTAL HOLDINGS LTD., THE GREAT NORTHERN LAND & TIMBER CORPORATION et W & R GILLESPIE LIMITED

(Intimés) INTIMÉS

Province of New Brunswick, as represented by the Department of Natural Resources and Aiken et al., 2009 NBCA 54

La Province du Nouveau-Brunswick, représentée par le ministère des Ressources naturelles, et Aiken et al., 2009 NBCA 54

CORAM:
The Honourable Justice Daigle
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Quigg

CORAM :
L'honorable juge Daigle
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Quigg

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
June 2, 2008

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine
Le 2 juin 2008

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2008 NBQB 239

Décision frappée d'appel :
2008 NBBR 239

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appeal heard:
November 27, 2008

Appel entendu :
Le 27 novembre 2008

Judgment rendered:
August 20, 2009

Reasons for judgment by:
The Honourable Justices Robertson and Quigg

Concurred in by:
The Honourable Justice Daigle

Counsel at hearing:

For the appellant:
Natalie H. LeBlanc

For the respondents:
Rodney J. Gillis, Q.C.
for George W. Matthews, David E. Aiken,
Karl Merrill, Coastal Holdings Ltd. and
The Great Northern Land and Timber Corporation

David R. Ames,
for W & R Gillespie Limited

G. Bradley Simon, Brian Glebe
and David Gilman Aiken took no part in the appeal proceedings.

THE COURT

The appeal is allowed, the judgment of the Court of Queen's Bench is set aside and the application for the orders of escheat and the order for a declaration voiding certain conveyances is granted in accordance with the reasons for judgment. The appellant is entitled to two sets of costs. Each set embraces both the initial application and the appeal. The first set is for $5,000 payable jointly and severally by the respondents, George W. Matthews, David E. Aiken, Karl Merrill, Coastal Holdings Ltd. and Great Northern Land and Timber Corporation. The second set is for $5,000 payable by the respondent, W & R Gillespie Limited.

Jugement rendu :
Le 20 août 2009

Motifs de jugement :
Les honorables juges Robertson et Quigg

Souscrit aux motifs :
L'honorable juge Daigle

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Natalie H. LeBlanc

Pour les intimés :
Rodney J. Gillis, c.r.
pour George W. Matthews, David E. Aiken,
Karl Merrill, Coastal Holdings Ltd. et
The Great Northern Land and Timber Corporation

David R. Ames,
pour W & R Gillespie Limited

G. Bradley Simon, Brian Glebe
et David Gilman Aiken n'ont pas pris part à l'appel.

LA COUR

L'appel est accueilli, le jugement de la Cour du Banc de la Reine est annulé et la demande en vue d'obtenir les ordonnances de déshérence et le jugement déclaratoire annulant certains transports de propriété est accueillie conformément aux motifs de jugement. L'appelante a droit à deux masses de dépens. Chaque masse s'applique à la demande initiale et à l'appel. La première est fixée à 5 000 $ et elle est payable conjointement et individuellement par les intimés George W. Matthews, David E. Aiken, Karl Merrill, Coastal Holdings Ltd. et The Great Northern Land & Timber Corporation. La deuxième est fixée à 5 000 $ et elle est payable par l'intimée W & R Gillespie Limited.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON and QUIGG JJ.A.

I. Introduction

[1] Section 1 of the *Escheats and Forfeitures Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-10, authorizes the Crown to seek an order of escheat confirming the Crown's ownership of lands in circumstances where the person "last seized" thereof died intestate and without lawful heirs. In the present case, the appellant Crown applied for nine orders, one for each of nine properties. Each property was the subject of a Crown grant made between 1859 and 1872. Together, the lands in question comprise approximately 900 acres and to this day remain forested (wild) lands. For the most part, no other documents affecting title to the properties were registered until 1989. During 1989 and 1990, deeds affecting eight of the nine properties were recorded in the Charlotte County Registry Office. In each instance, the grantor was either Coastal Holdings Ltd. or George W. Matthews, respondents to this appeal. Over the next 11 years various transfers with respect to the eight properties were effected amongst the various respondents. The "chain of title" reveals each of the respondents to be a registered owner of at least one of the eight properties. However, none of the respondents claims to be an heir of the original Crown grantee. Nor do any of the respondents claim to have purchased the lands from the heirs or assignees of the original grantees. Finally, none of the respondents has entered into possession of the lands, in whole or in part, let alone continuous possession. Yet they appear as registered owners and pay property taxes. This explains why the respondents were made parties to the underlying application.

[2] Curiously, the respondents gave no explanation as to how or why the 1989-1990 deeds came into existence, nor is there evidence of true consideration having been paid. Fortunately, this evidentiary gap does not impact on the merits underscoring the Crown's application. Yet the application judge refused to grant the orders sought because the Crown had failed to establish, on a "balance of probabilities", the earlier

grantees had died intestate and without lawful heirs. In reaching this conclusion, the application judge accepted into evidence two affidavits, one from each counsel, over the objections of the Crown. Those affidavits allude to possible heirs, some living outside New Brunswick and as far as England. At the hearing of the application, counsel for the respondents took the mischievous position that although they were not opposing the Crown's application (as their clients lacked title to the lands), they felt duty bound to offer affidavit evidence suggesting the existence of possible heirs. In truth, the respondents are committed to ensuring that orders of escheat do not issue. Perhaps they hope to perfect their respective titles, at a later date, under the doctrine of "colour of right"; a doctrine which is referred to in the application judge's reasons. This might explain why the respondents filed written submissions on appeal in support of the impugned decision, now reported at (2008), 337 N.B.R. (2d) 175, [2008] N.B.J. No. 265 (QL), 2008 NBQB 239.

[3] In our respectful view, and with one exception, the application judge erred in refusing to grant the escheat orders. He also erred in failing to declare the respondents' registered title documents "void" as against the Crown and subsequent purchasers or assignees from the Crown. As will be shown, the Crown established it took reasonable steps to ascertain whether the original Crown grantees or their assignees died intestate and without lawful heirs. The Crown also met the requisite standard of proof: balance of probabilities. As to the affidavit evidence, we are of the view the application judge erred in placing any weight on those documents. Bluntly stated, they lack "probative value". Moreover, the application judge effectively ruled that if there is some evidence of the existence of possible heirs, no matter how remote, that is a sufficient basis on which to defeat the Crown's application. With respect, that cannot be the test. Finally, we explain why the doctrine of "colour of right" has no application to the facts of the present case and in any case where the party adverse in interest is not in possession.

II. Background

[4] This appeal concerns nine properties. Each bears a provincial property identification number ("PID"). The table below also shows the date of the Crown grant, the grantee and the present registered owner:

PID #	Parcel	Deed Number	Deed Date	Purported Owner
(1) 15050065	Lot 110 granted to George Bingham in 1862	11290211	Aug. 15, 2000	The Great Northern Land & Timber Corporation
(2) 15050057	Lot 111 granted to George Bingham in 1862	11749133	Feb. 9, 2001	The Great Northern Land & Timber Corporation
(3) 15063662	Lot 23 granted to Josiah Murphy in 1859	141673	July 9, 1998	W & R Gillespie Ltd.
(4) 15063654	Lot 21 granted to David A. Murphy in 1859	141673	July 9, 1998	W & R Gillespie Ltd.
(5) 15002348	Lot W granted to Richardson Webb in 1869	11449	June 3, 1905	(John E. Slater)
(6) 15001977	Lot 113 granted to James Bingham in 1862	11749133	Feb. 9. 2001	The Great Northern Land & Timber Corporation
(7) 15050040	Lot 115 granted to James Bingham in 1862	11749133	Feb. 9, 2001	The Great Northern Land & Timber Corporation
(8) 01342344	½ East ½ Lot A granted to Robert Thomson in 1867	132980	Aug. 14, 1995	David Gilman Aiken
(9) 15095086	½ East ½ Lot A granted to Robert Thomson in 1867	132946	Aug. 14, 1995	G. Bradley Simon

[5] The property bearing PID 15002348 was originally granted to Richardson Webb by Grant Number 13347 dated September 18, 1869 and registered September 18, 1869. Richardson Webb conveyed said property to Hubert Webb by deed dated January 7, 1893 and registered in the Charlotte County Registry Office on December 27, 1895. Hubert and Sadie Webb subsequently transferred the property to Peleg R. S. Paisley by deed dated October 17, 1899 and registered January 15, 1900. The chain of title next

reveals a warranty deed from William R. Paisley to John E. Slater dated June 3, 1905 and registered March 30, 1908. The title searcher found no conveyance from Peleg Paisley to William Paisley and there were no recitals in the warranty deed to explain how title to the property had become vested in William Paisley. Hence, there is an unexplained "gap" in title. The last registered owner is John Slater who resided in Blissville, Sunbury County, at the time of the conveyance. According to the Crown's abstract of title, no records were found for John E. Slater in the Sunbury County Registry Office. Of the nine properties for which an escheat order is being sought, the Slater property is the only one which is not of interest to the respondents.

[6] The property bearing PID 15063654 was granted to David A. Murphy by Grant Number 9228 dated August 18, 1859. By deed dated July 4, 1895 and registered in the Charlotte County Registry Office, David A. Murphy conveyed the property to James R. McLeod. The respondent, W & R Gillespie Ltd., obtained a quit claim deed to this property in 1998. In his affidavit dated May 22, 2008 Mr. Don Dixon stated that through his research he found that James R. McLeod and his wife had three children Ronald, Donald and Kenneth all of Saint John. Mr. Dixon was also able to locate Kenneth McLeod's widow, Freda McLeod. At the same time, the respondent, W & R Gillespie Ltd., remains on title as a registered owner. The relevance of these facts is discussed below.

[7] The Crown's first attempt at reasserting legal title to the lands in question began in 1976, by following the requirements of the *Abandoned Lands Act*, R.S.N.B. 1973, c. A-1, then in force, including the publication of public notices relating to the above noted properties. The notices were published in the *Royal Gazette* and the *Telegraph Journal*. However, the Crown received notice from the New Brunswick Association of Metis and Non-Status Indians that the Association was making a formal claim to the lands. There appears to have been discussions between the Association and the Province regarding this matter for some time and then the issue fell dormant. The record discloses that in 1983, the Association renounced any claims to the lands via correspondence. It appears the Crown became interested in reclaiming the nine properties

again, in the early 1980's, when J.D. Irving Limited began making inquiries with respect to some of the properties in the hope of adding them to its existing Crown license.

[8] Further inquiries from J.D. Irving Limited were made in the 1990s, at which time the Crown made another attempt to reclaim the lands in question. This attempt, however, was now governed by the *Crown Lands and Forests Act*, S.N.B. 1980, c. C-38.1, the *Abandoned Lands Act* having been repealed. Sections 85 to 94 of the *Crown Lands and Forests Act* outline the process necessary for the reclamation of abandoned land. Again, delays occurred and, in 1990, the Province published public notices pursuant to s. 87 of the *Crown Lands and Forests Act*, in *The Royal Gazette*, the *Saint Croix Courier* and the *Telegraph Journal*. This time, a formal claim was filed by the respondents, George Matthews, Karl Merrill, David Aiken and Brian Glebe. Once more, reclamation of the lands stalled.

[9] For reasons never explained, quit claim deeds pertaining to seven of the eight properties, now registered in the respective names of the respondents, were registered in the Charlotte County Registry Office. The eighth property was transferred by means of the conventional deed (all eight deeds hereinafter collectively referred to as the "quit claim deeds"). A review of the abstract of title for each of the properties reveals that the gap in the chain of title, from the original grant forward, is as a result of quit claim deeds registered by George Matthews or Coastal Holdings Ltd. Those deeds show conveyances from either Coastal Holdings Ltd. to George Matthews or from George Matthews to Coastal Holdings. All of the quit claim deeds are dated in October 1989, December 1989 and January 1990. In several instances, further deeds were registered to the various respondents. The application judge opined that the quit claim deeds "may have been registered as a way to start getting tax bills and having colour of right and colour of possession to these properties".

[10] Mr. Gillis represents the respondents George Matthews, David E. Aiken, Karl Merrill, Coastal Holdings Ltd. and Great Northern Land and Timber Corporation. Mr. Ames represents W & R Gillespie Limited. The respondents, G. Bradley Simon and

Brian Glebe and David Gilman Aiken, were not represented by legal counsel and took no part in the appeal proceedings. We pause here to note that neither counsel for the respondents took part in the execution of the quit claim deeds. The respondents became registered owners of the lands in question as follows:

PID	Deed / Year	Grantor	Grantees + year conveyed
(1) 15050065	Quit Claim - 1990	**Coastal Holdings Ltd.** →	George W. Matthews → Karl Merrill → **(1990)** The Great Northern Land & Timber Corp. → **(2000)**
(2) 15050057	Quit Claim - 1990	**Coastal Holdings Ltd.** →	George W. Matthews → **(2001)** The Great Northern Land & Timber Corp.
(3) 15063662	Quit Claim - 1990	**Coastal Holdings Ltd.** →	George W. Matthews → The Great Northern Land & Timber Corp. **(1997)** → W & R Gillespie Limited **(1998)**
(4) 15063654	Quit Claim - 1990	**Coastal Holdings Ltd.** →	George W. Matthews → The Great Northern Land & Timber Corp. **(1997)** → W & R Gillespie Limited **(1998)**
(5) 15002348	N/A to these respondents	**N/A**	**N/A**
(6) 15001977	Quit Claim - 1989	**George W. Matthews** →	Coastal Holdings Ltd. → The Great Northern Land & Timber Corp. **(2001)**
(7) 15050040	Quit Claim - 1989	**George W. Matthews** →	Coastal Holdings → The Great Northern Land & Timber Corp. **(2001)**
(8) 01342344 (9) 15095086	Deed - 1995 Quit Claim Deed - 1995	**George W. Matthews** → **David E, Aiken** **George W. Matthews** →	David Gilman Aiken David E. Aiken, George W. Matthews, and Brian Glebe David E. Aiken, George W. Matthews → G. Bradley Simon **(1995)**

[11] It appears that items 8 and 9 may apply to the same parcel of land originally granted to Robert Thompson. Service New Brunswick lists David E. Aiken, Bella R. Lawrence and Gideon Prescott as owners of this parcel. The names Bella R. Lawrence & Gideon Prescott are derived from an 1867 deed, registered in 1872, which granted the property to them.

[12] The Crown's application was heard over four days scattered over six months: January 4, 2008, February 25, 2008, April 7, 2008 and June 2, 2008. At the hearing of February 25, 2008, counsel for the respective respondents conceded their clients did not have any "legal" entitlement to the properties that were the subject of the application. Specifically, counsel for five of the respondents, Mr. Gillis, confirmed at the February 2008 hearing his clients had no "legal or equitable title" to the lands in question. Also at that February hearing, counsel for W & R Gillespie, Mr. Ames, stated: "for any of us to stand before you and try to suggest that we have season [sic] or that our clients have ownership of the property - what the law recognizes, it's not there".

[13] At the February 25, 2008 hearing, Mr. Gillis also expressed "his belief" that rightful heirs to the Bingham properties may be residing in England and of Probate Court records indicating the existence of heirs to the Prescott/Lawrence property up until 1940. With respect to that property, Mr. Gillis asserted there may be heirs residing in British Columbia who died in 1966 and left children. The Court appears to have accepted this evidence, noting it was put forth by Mr. Gillis as an "officer of the court".

[14] During the hearing of April 7, 2008, and June 2, 2008, the Crown objected to the admissibility of an affidavit which Mr. Gillis tendered. At the hearing of June 2, 2008, Mr. Ames tendered an affidavit. Both the affidavits and attached documents allude to potential heirs. In both instances, the affiant was Donald Dixon who operates a "genealogical" business. The affidavits are discussed more fully below.

[15] The application judge held the Crown had not shown, "on a balance of probabilities", that the properties in question became "liable to be escheated to the Crown by reason of the person last seised thereof, or entitled thereto, having died intestate and without lawful heirs", as required under s. 1 of the *Escheats and Forfeitures Act.* The crux of the application judge's reasoning for rejecting the Crown's application can be traced to only one passage of the reasons for judgment:

> There is some suggestion in hearsay material that has been filed that in fact a number of these people moved away and

> may have left heirs in various places in the United States or the United Kingdom. There may be living heirs of some of these property owners. Those people did not reply to the public notice in the nature of a quieting of title notice. It was published in the **St. Croix Courier** and the **Telegraph Journal** newspaper. No such possible heirs have made any claims. From the Province's point of view, there is no requirement on the Province to do more. [para.12]

[16] It is apparent to us that the application judge rejected the Crown's application because of the hearsay affidavit evidence alluding to the existence of possible heirs. In dismissing the Crown's application, the application judge went on to state: "By dismissing this application, I am not giving any comfort or support to the claims of title advanced by people under the relatively recent quit claim deeds" (para. 26).

V. Issues

[17] The Crown raised no less than nine grounds of appeal. On reflection, this appeal can be narrowed down to four issues: (1) Did the Crown proceed under the proper statute (*Escheats and Forfeitures Act v. Crown Lands and Forests Act*)?; (2) Did the application judge apply the proper standard of proof (balance of probabilities)?; (3) Did the Crown take reasonable steps to ascertain the existence of possible heirs?; and (4) Did the application judge err in admitting into evidence or giving weight to the two affidavits referred to earlier?

VI. Analysis

[18] The first issue is whether the Crown should have proceeded under the *Crown Lands and Forests Act*, rather than the *Escheats and Forfeiture Act*, in order to confirm title to the lands. In our view, the Crown did not err in proceeding under the latter statute. The former is applicable in instances where the land in question appears to have been abandoned and the existence and whereabouts of the heirs of the "last owner" of the land are not known (see s. 85 of the *Crown Lands and Forests Act*). In short, in

registering their quit claim deeds, the respondents are intimating to the world that they are the "last owners", thereby displacing the notion that the lands were abandoned and, correlatively, the application of the *Crown Lands and Forests Act*. Thus, the fact the respondents are identified in the quit claim deeds as grantees of the lands in question was sufficient to displace the possible application of the *Crown Lands and Forests Act* and to force the Crown to proceed under the *Escheats and Forfeiture Act*. In that regard ss. 1 and 2 are of critical significance. Those sections read as follows:

Escheats and Forfeitures Act, R.S.N.B. 1973, c. E-10	*Loi sur les biens en déshérence et les déchéances*, L.R.N.-B. 1973, ch. E-10
1 When any lands, tenements or hereditaments situate in this Province have become liable to be escheated to the Crown by reason of the person last seised thereof or entitled thereto having died intestate and without lawful heirs, or by reason of the same having become forfeited for any cause, the Attorney General may cause possession of such lands, tenements or hereditaments to be taken in the name of the Crown, <u>or in case possession is withheld he may cause an action to be brought</u> for the recovery thereof, without any inquisition being first necessary. R.S., c.73, s.1; 1981, c.6, s.1.	**1** Lorsque des biens-fonds, tènements ou héritages situés dans la province sont susceptibles d'être dévolus à la Couronne du fait que la personne qui en avait la possession ou y avait droit en dernier lieu est décédée intestat et sans héritiers légitimes ou que les droits sur ces biens sont déchus pour une raison quelconque, le procureur général peut faire prendre possession de ces biens-fonds, tènements ou héritages au nom de la Couronne <u>ou, en cas d'opposition à cette prise de possession, faire intenter une action</u> en recouvrement de ces biens sans nécessité d'une enquête préalable. S.R., c.73, art.1; 1981, c.6, art.1.
2 The proceedings in such action may be in all respects similar to those in other actions for the recovery of land. R.S., c.73, s.2. [Emphasis added.]	**2** Les procédures dans une telle action peuvent être à tous égards semblables à celles employées dans les autres actions en recouvrement de biens-fonds. S.R., c.73, art.2. [C'est moi qui souligne.]

[19] Our reading of the above sections leads us to conclude that the *Escheats and Forfeitures Act* applies in any one of three factual scenarios. First, there are those cases where the person last seized of the lands died intestate and without lawful heirs. Second, there are those cases where the person last seized of the lands committed some act which worked a forfeiture of the lands in favour of the Crown. With respect to this category, there is little if any room in the law for the concept of forfeiture as originally

developed in the law. This is explained in Anger and Honsberger, *Law of Real Property*, 3d ed., looseleaf (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2008) vol. 2:

> The word "echeat" is derived from the old English and old French verb "eschoir", "to fall". In feudal times, property fell or escheated to the monarch or other superior lord when the blood of the tenant in fee simple failed through failure of heirs or became attainted by treason or other felony so as to be no longer inheritable by blood. Formerly, the *Criminal Code* provided that no confession of, or conviction or judgment for, any treason or indictable offence should cause any attainder or corruption of blood or any forfeiture or escheat. Presently it provides that where an enactment creates an offence and authorizes a punishment to be imposed in respect thereof, a person who is convicted of that offence is not liable to any punishment in respect thereof, other than the punishment prescribed by the Act or by the enactment that creates the offence. Failure of heirs by an intestate person is now the only reason in Canada for escheat of real property.
>
> […]
>
> Escheat is a prerogative right in the Crown in right of the provinces. In theory, this prerogative leads to the conclusion that the Crown on an escheat should not take subject to the rights of creditors of the intestate as the Crown does not take through, or under, the intestate.[§29:20]

[20] The third category, contemplated by s. 1 of the *Escheats and Forfeiture Act*, consists of those that would otherwise fall into the first two categories but for the fact that there is a person in actual possession of the lands in question. Should the case fall into this category, the Crown is authorized to commence an action for recovery of the lands as against the person in possession. Pursuant to s. 2 of the *Act*, the proceedings for the recovery of possession may be similar to those applied in other actions for the recovery of land.

[21] We draw attention to that portion of s. 1 of the *Escheats and Forfeiture Act* which dispenses with the need for the Crown to conduct an "inquisition" in cases where the Crown is proceeding by action to recover possession. As we understand the law, an "inquisition" is simply a legal inquiry into the title of property for which the Crown reclaims ownership because of intestacy and the failure to indentify lawful heirs or because of a forfeiture. Our authority for this understanding is *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 1(1) reissue (London: Butterworths, 1989), which states: "As a result of the abolition of escheat, inquisitions of escheat, by which the title of the Crown to the property of intestates who died without heirs was ascertained, no longer take place" (p. 375, para. 280). Interestingly, *Black's Law Dictionary* (4th ed.) describes an "escheator" in English law as the name of an officer who was appointed in every county to look after the escheats which fell due to the King in that particular county and to certify the same. Needless, to say there are no "escheators" in New Brunswick (see *Doe d. Des Barres v. White* (1842), 3 N.B.R. 595 (S.C.) which speaks of "inquests" directed at title to Crown lands that were granted but not registered within the one year time limit prescribed by statute.)

[22] Against this cursory background, it is our understanding that an "inquisition" is not required in those cases where the Crown is seeking an order for possession as against a third party by way of an action (the third category). This is because the issue of title will be dealt with in the action for possession. But in all other cases, it is a fair reading of s. 1 of the *Escheats and Forfeitures Act* that an inquisition respecting title to lands is a condition precedent to the granting of an escheat order. Regrettably, the legal concepts of "escheat" and "inquisition" are mired in antiquity. Therefore, we must deem the legal requirement to conduct an inquisition to be obsolete and displaced by a modern procedure: commencement of an application for an order of escheat under Rule 16 of the *Rules of Court*. In short, to the extent that s. 1 of the *Escheats and Forfeiture Act* imposes an obligation on the Crown to conduct an investigation into the title of lands for which the escheat order is being sought, that obligation will be satisfied by the proceedings undertaken in response to the Crown filing its notice of application under Rule 16. On the hearing of the application, the Crown must

establish a legal right to the escheat order. It is at this hearing that title to the lands in question will be investigated and adjudicated upon.

[23] The next issue relates to the appropriate standard of proof. The Crown maintains the application judge erred in adopting the civil standard of "balance of probabilities". In our view, the application judge did not err in imposing that civil burden of proof. In *F.H. v. McDougall*, [2008] 3 S.C.R. 41, [2008] S.C.J. No. 54 (QL), 2008 SCC 53, the Supreme Court held that the only standard of proof in a civil case is proof on a balance of probabilities. But that standard of proof does not tell us what steps the Crown must take to establish that the person last seized of the lands died intestate and without lawful heirs.

[24] So too does the *Escheats and Forfeiture Act* fail to prescribe the steps the Crown must take to satisfy the application judge that the person last seized of the property died intestate and without lawful heirs. This void is to be contrasted with the conditions precedent imposed under the *Crown Lands and Forests Act* or the *Quieting of Titles Act*, R.S.N.B. 1973, c. Q-4. There being no express statutory conditions precedent to the granting of escheat orders, we are of the view the law should require the application judge to assess whether, in the circumstances of each case, the Crown has taken reasonable steps to ensure that the person last seized of the lands did, in fact, die intestate and without lawful heirs. In making that assessment, the application judge must consider the length of the time that has passed since the date the person last seized of the property acquired his or her interest and the date the application for the escheat order is brought.

[25] It should be self-evident that the greater the time gap the more difficult it will be for the Crown to obtain evidence that a person died without lawful heirs. Conversely, the shorter the time gap, the greater the likelihood someone will be able to "track-down" the heirs of the deceased property owner. Hence, the investigative measures to be undertaken by the Crown, before seeking an escheat order, may be more involved or onerous in cases where the time gap is relatively short. By contrast, when the

time gap is substantial the Crown should not be obligated, for example, to extend the search for heirs beyond provincial boundaries unless specific and known facts would lead the reasonable searcher to do so. For example, if the person last seized of the lands died in 1960, one would expect the Crown would be able to gather persuasive evidence as to whether that person died intestate and without lawful heirs. Such an investigation might even entail a search or enquiries in another country. By contrast, when the person last seized of the lands acquired his or her interest in 1850, the chances of finding lawful heirs diminishes with the passage of time. Thus, the Crown should not, absent exceptional circumstances, be required to travel throughout the country or abroad in the hope of unearthing possible heirs.

[26] In brief, the Crown must establish, on a balance of probabilities, the person last seized of the lands in question died intestate and without lawful heirs. To meet that burden of proof, the Crown must show it took reasonable investigative measures. The provisions of the *Crown Lands and Forests Act* and the *Quieting of Titles Act* provide guidance but are not to be treated as immutable templates. Having regard to the circumstances of a particular case and, in particular, the time gap between the date of the conveyance to the person last seized of the lands and the date of the application for the escheat order, the application judge must decide whether the steps taken were sufficient and, correlatively, whether the Crown discharged its burden of proof on a balance of probabilities.

[27] Applying the above framework to the facts of the present case, one cannot ignore the significant time gap between the date of the present application and the time of the Crown grants. The gap varies from 143 to 150 years. The significance of this fact is self-evident. The chances of tracking-down heirs diminish with each passing year. Against this reality, the Court must examine what investigative measures the Crown took in the case a hand. We begin by acknowledging that the documentary record offered by the Crown in regard to title to the nine properties is both voluminous and thorough (approximately 700 pages). Moreover, the Crown published public notices regarding the application in the *Royal Gazette*, the *Telegraph Journal* (the provincial English

newspaper) and the *St. Croix Courier* (published in Charlotte County) respectively on three occasions. We have scrutinized those notices and find that they are informative and bear directly on the question of whether there are any legal heirs of the persons last seized of the properties in question. The notices were also accompanied by pertinent maps. The Crown personally served all adjoining land owners with notice of the hearing. Notice was provided to the New Brunswick Aboriginal Peoples Council. The Crown searched the title of all the subject properties back to the Crown grants and prepared abstracts for each property. The Crown also had the Charlotte County Probate Court records searched, at the Provincial Archives, from the date the properties were granted to the original grantees or the date that the last title holder received the lands prior to registration of the quit claim deeds. Parenthetically, we note that the steps taken by the Crown are in substantial compliance with the framework set out in the *Quieting of Titles Act*.

[28] At this juncture, we must ask whether the Crown is under a general obligation to publish notices of the pending application outside New Brunswick and/or to pursue genealogical research. The answer to that question will vary with the circumstances of each case. But as discussed earlier, and as a general proposition, we are of the view that the greater the time lapse between the date of the application and the date the person was last seized of the property, the less likely it is the Crown will be required to publish notices outside the county in which the lands are situate. The same remains true with respect to the pursuit of genealogical research outside the Province in an effort to identify and notify possible heirs. In the present case, the time gap is persuasive if not decisive. With one exception, the gap varies from 143 to 150 years. The exception arises in the case of the Slater property (PID 15002348) where the gap is 104 years and the property is of no concern to the respondents. In these circumstances, and in the absence of any evidence to indicate that heirs were residing in other jurisdictions, the Crown was entitled to presume that its investigative obligation had been discharged. The investigative steps taken to ascertain whether the person last seized of each of the nine properties died intestate and without lawful heirs were reasonable when measured against the lapse of time between the date of the Crown grants or last conveyances and the date

of the application. However, this is not the end of the matter. We must deal with the respondents' affidavit evidence which raises the specter of existing heirs.

[29] At the February 25, 2008 hearing, Mr. Gillis expressed "his belief" that rightful heirs to the Bingham properties (PID 15001977 and 15050040) may be residing in England. Furthermore, Mr. Gillis stated that there were records in the Probate Court indicating that there were heirs to the Prescott/Lawrence property up until 1940 (PID 01342344). With respect to Ms. Lawrence, Mr. Gillis asserted that there may be heirs residing in British Columbia who died in 1966 and left children. The Court did not reject this evidence, noting it was put forth by Mr. Gillis as an "officer of the court". While it is true that Mr. Gillis is an officer of the court, it is equally true that one cannot be both counsel and a witness in the same case. We need only cite the decision of our Court in *Hughes v. City of Moncton* (2006), 304 N.B.R. (2d) 92, [2006] N.B.J. No. 358 (QL), 2006 NBCA 83, in support of that proposition. In brief, it would have been impermissible for Mr. Gillis to offer *viva voce* evidence while acting as counsel. But in our view, this issue is of no moment. All of this information was subsequently introduced into evidence through the affidavit of Donald Dixon, dated April 4, 2008. That affidavit was introduced at the April 7, 2008 continuation hearing. We now turn to the admissibility and probative value of that affidavit.

[30] The affidavit of April 4, 2008 relates to only four of the nine properties in issue. With respect to PID 01342344 and 15095086, the persons last seized of that property were Bella Lawrence and Gideon Prescott. The affidavit notes that Jesse Prescott was the father of Gideon Prescott. To the affidavit is attached Exhibit "A" which offers a list a list of the descendants of Jesse Prescott. Exhibit "B" is a family tree of Jesse Prescott. Exhibit "C" outlines the family tree of Bella Lawrence. Finally, the affidavit states that the affiant retained the services of a genealogist residing in England who had researched the genealogy of one George Bingham. Two of the properties in question were originally granted to one George Bingham (PID 15050065 and PID 15050057). These two properties are the subject of a quit claim deed to the respondent, The Great Northern Land & Timber Corporation. The affidavit states that the genealogist

transcribed a portion of the will of a George Bingham who died in England and who had two heirs. Exhibit "D" outlines these facts. To be blunt, the affidavit should have been rejected for the simple reason that it is of no probative value. There is simply no basis on which one can reasonably conclude that the persons referred to in the affidavit are the same persons who had acquired title to the lands in question. For example, it is impossible to discern from the affidavit whether the George Bingham who acquired lands in New Brunswick is the same George Bingham identified in the genealogical research.

[31] The second impugned affidavit was also sworn by Mr. Dixon and is dated May 22, 2008. It was provided to the application judge at the June 2, 2008 continuation hearing. This affidavit relates to two properties. The first is identified by PID 15003662; lands that were originally granted to Josiah Murphy. In his affidavit, Mr. Dixon states he was able to locate a Josiah Murphy, who died in Woodstock in 1904, after conducting research in the Provincial Archives and on the internet. Mr. Dixon states that after Mr. Murphy's death his wife and children moved to the United States. But once again we are not told whether there is a reasonable basis to believe that this Josiah Murphy is the Josiah Murphy who acquired lands in Charlotte County. The May 22, 2008 affidavit also refers to PID 15063654 which was originally granted to David A. Murphy in 1859 and subsequently conveyed to James R. McLeod in 1895. This is the same property to which the respondent W & R Gillespie Ltd. received a quit claim deed in 1998. Mr. Dixon states that in the 1911 New Brunswick Census there is only one James R. McLeod listed. Based on that information, Mr. Dixon was able to determine that a James R. MacLeod died in 1962 leaving a widow and three children. One of the children was Kenneth who married Freda who now lives in Saint John.

[32] Arguably, the affidavits of Mr. Dixon include hearsay and opinion evidence for which there is no factual basis. However, we cannot ignore evidence of a possible surviving heir of James R. MacLeod. Whether this is the same James R. McLeod that acquired the lands embraced in PID 15063654 in 1895 is yet another matter. But there is other affidavit evidence which reveals that the Crown recognizes that Freda McLeod may qualify as a lawful heir within the meaning of the *Escheats and Forfeiture*

Act. The appeal record contains two affidavits. The affidavits reveal that Mrs. McLeod had agreed not to oppose the application for the escheat order but that the Crown would give her six months in which to offer satisfactory evidence that she was a lawful heir of the James R. McLeod who had been granted lands now identified as PID 15063654. The affidavit evidence also reveals that Mrs. McLeod consulted a lawyer with respect to the matter. These facts are found in the affidavit of Patricia Beck, daughter of Kenneth and Freda McLeod, and the affidavit of Gordon Foster, a cousin. Mr. Foster may also be a lawful heir.

[33] The Crown maintains we should grant the escheat order with respect to the McLeod property, PID 15063654, notwithstanding the evidence of possible heirs living within the Province. The Crown argues such persons may apply under s. 3 of the *Escheats and Forfeiture Act* to assert any rights that they may have with respect to this property. In brief, s. 3 section states that even though lands may have escheated to the Crown, the Lieutenant-Governor in Council may grant the lands to any person "having a moral claim to the property." In our view, s. 3 has no application in cases where the person is claiming to be a lawful heir. Such persons are not advancing a moral claim to a property but rather a legal one. As we understand it, a moral claim to land might arise in a case where a person has been in occupation of lands but is unable to establish possessory title for the requisite statutory period. Accepting that s. 3 has no application to the facts of the present case, we are of the view that an escheat order with respect to this particular property cannot issue until such time as Ms. McLeod's and Mr. Fosters potential claims are resolved. Should they be unable or fail to offer persuasive proof that they are the lawful heirs of the James R. McLeod who acquired the lands described in PID 15063654, the Crown is free to return to the application judge for a continuation of the original hearing and to seek an escheat order with respect to this property.

[34] Three matters have not escaped our attention. First, the affidavit evidence tendered in the court below applies to only six of the nine properties identified by a PID. Hence, even if the application judge were entitled to rely on the affidavit evidence tendered by the respondents, he erred in dismissing the application with respect to the

remaining three properties which are not referred to in either of the impugned affidavits. Furthermore, none of the respondents have a claim with respect to the Slater property (PID 15002348). Second, the application judge effectively ruled that if there is some evidence of the existence of possible heirs that is sufficient to defeat the Crown's application for an escheat order. With respect, that cannot be the test. Third, while the respondents' affidavit evidence is an attempt to undermine the Crown's application, in truth those affidavits also undermine any claim to title the respondents may seek to establish pursuant to their quit claim deeds. The paradox goes further. Although the respondents admit they are not in a legal position to oppose the Crown's application, they filed written submissions in this Court supporting the impugned decision and advanced oral argument. Our response to both realities is blunt. This Court is short-winded when it comes to the ineffective art of inhaling and exhaling at the same time.

[35] On the hearing of the appeal in this Court, counsel for the respondent W & R Gillespie Limited conceded that, although his client is without sufficient title to support a claim to title under the *Quieting of Titles Act* or the *Land Titles Act*, S.N.B. 1981, c. L-1.1, his client was entitled to assert a claim or interest in the lands under the doctrine of "colour of title". In truth, the argument was not advanced before the application judge but is alluded to in his reasons for judgment:

> There is nothing in the evidence to prove that any of the respondents have a valid legal title. It appears that the quit claim deeds may have been registered as a way to start getting tax bills and start having colour of title and colour of right and colour of possession to these properties with the hope that over the passage of time those titles would become stronger and more credible and eventually provable. [para. 7]

[36] The argument that the respondents are in the process of acquiring a valid interest in the disputed lands under the doctrine of "colour of right" cannot be ignored for the following reason. The Crown is also seeking to have the all of the respondents' deeds affecting the properties in question declared void as against the Crown and future

purchasers and assignees of the Crown. The respondents object and argue against the granting of such relief. They argue that as the pivotal issue before the application judge was whether the persons last seized of the lands died intestate and without lawful heirs, the question of the respondents' title to the lands remains irrelevant. They insist the application judge's obligation was limited to ruling on the existence of possible heirs. We disagree. As outlined earlier in these reasons, it is the obligation of the application judge to conduct an inquiry into the state of the title of the lands for which the escheat order is being sought (the equivalent of the "inquisition"). Part of that inquiry is to identify the person last seized of the property. Is it the original grantee or their immediate assignee or is it one of the respondents who is claiming title though a quit claim deed or some other conveyancing document? It would be a waste of the Crown's time, taxpayers' money and judicial resources if the application judge were to grant an escheat order knowing full well that someone else had acquired title, for example, through the doctrine of adverse possession. Without the declaration being sought, the respondents are going to persist with the mistaken notion that the Crown does not take free of the quit claim deeds, something which the application judge alluded to in his reasons for judgment.

[37] If the respondents truly harbour the belief that registration of quit claim deeds to vacant or wild lands and the payment of property taxes, together with the passage of time, are matters which will eventually lead to the acquisition of either legal or equitable title to the lands in question, they are mistaken. Putting aside any issues that might arise with respect to the application of the doctrine of adverse possession with respect to lands that are brought within the ambit of the *Land Titles Act*, SNB 1981, we offer the following explanation as to why the "colour of right" doctrine is of no assistance to the respondents. (With respect to the relevance of the doctrine of adverse possession under the *Land Titles Act*, see *McKinney v. Tobias* (2006), 306 N.B.R. (2d) 282, [2006] N.B.J. No. 357 (QL), 2006 NBQB 290, and Norman Siebrasse, "McKinney v. Tobias 'Now you Own It, Now You Don't'" *Solicitors Journal* 24:2 (Summer 2008) 32.)

[38] Aside from purchasing the lands from the Crown, the only way in which the respondents may eventually claim title is by taking actual possession (adverse

possession) of the lands embraced by the quit claim deeds for the requisite statutory period. Moreover, the respondents would face the daunting task of attempting to establish actual possession in regard to vast tracts of wild or uninhabited lands. The other legal reality is that the doctrine of colour of right has no application unless the person so claiming the benefit of that doctrine can establish actual possession of part of the lands. These basic precepts require elaboration and are conveniently discussed in a well-known article published in the UNB Law Journal over half a century ago: David M. Harley, "Possessory Title to Wilderness Land" (1958) 11 U.N.B.L.J. 7.

[39] The Supreme Court's seminal decision in *Sherren v. Pearson* (1886), 14 S.C.R. 581, [1887] S.C.J. No. 23 (QL), established that isolated acts of trespass, such as woodcutting, committed on wild lands from year to year does not qualify as adverse possession. Hence, most of the adverse possession jurisprudence deals with cases in which a person (the squatter) has gone into actual possession of the disputed lands. In some cases, the squatter will also make a claim to contiguous lands that are not actually occupied; *e.g*. surrounding lands which remain uncultivated. Normally, for example, the harvesting of wood on the surrounding lands is not sufficient to establish adverse possession of the kind required at law (open, actual, exclusive, continuous and notorious). In other words, occupation of part of the lands does not constitute constructive possession of the whole. Admittedly, it can be argued that if there is partial occupation and the reminder is enclosed by fences; possession of the part may qualify as possession of the whole. But otherwise, a squatter cannot acquire title to more land than is actually occupied. In brief, it is extremely difficult for one to establish adverse possession of wild or uncultivated lands: *Doe dem. Des Barres v. White* (1842), 3 N.B.R. 595 (S.C.). This is true even in those cases where the person claiming title by adverse possession actually occupies part of the disputed lands. Admittedly, there is another exception to the general rule. This is where the doctrine of colour of right comes into play.

[40] The doctrine of colour of right has its roots in American law and offers an exception to the rule that actual possession of part does not qualify as constructive possession of the whole. But the doctrine only applies in cases where the grantee takes

actual possession of part by virtue of some documentary title which unknown to the grantee is defective or invalid. The exceptional nature of the rule is explained in David Harley's article:

> The rule is that if a person having colour of title can show actual possession of part of the wild land for the statutory period — a possession open, notorious, continuous and exclusive — his possession, in the absence of possession by someone else, is constructively deemed to apply to the whole of the land described in his defective document of title. [p. 14]

[41] For example, a person who unknowingly purchases 100 acres of land from a grantor who in fact had no title to the lands or who was acting under legal disability at the time of the transfer is entitled to invoke the doctrine of colour of right in circumstances where the grantee is in actual possession of part (e.g. one acre). In these circumstances the grantee is entitled to argue that actual and adverse possession of the part should be deemed to apply to the entire 100 acres. The lead Supreme Court decision is from New Brunswick: *Wood v. LeBlanc*, [1904] 34 S.C.R. 627, [1904] S.C.J. No. 22 (QL) and see also *Farren v. Pejepscot Paper Company et al.* (1932), 5 M.P.R. 261 (S.C.A.D.), rev'd on other grounds [1933] S.C.R. 388, [1933] S.C.J. No. 34 (QL). A useful summary of the essential aspects of the colour of title doctrine is found in Anger and Honsberger, *Law of Real Property*, 3d ed. looseleaf (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2008) vol. 2:

> The possession necessary under a colourable title to bar the title of the true owner must be just as actual, open, exclusive, continuous and notorious as when claimed without colour of title, the only difference being that the actual possession of part is extended by construction to all the lands within the boundaries of the deed but only when and while there is such partial occupation.
>
> Although possession of a part of land claimed under colour of title is constructive possession of the whole, which may ripen into an indefeasible title if open, exclusive and continuous for the whole statutory period, carrying on

> lumbering operations during successive winters with no acts of possession during the remainder of each year does not constitute continuous possession and it is not exclusive possession if other parties lumbered on the land continuously or at intervals during any portion of such period. [§29:60.80]
>
> [Emphasis added]

[42] There is no evidence of any kind of the respondents being in actual possession of any of the properties affected by the quit claim deeds and, for this reason alone, the doctrine of colour of title can have no application. Moreover, even if the respondents had been able to establish actual possession of part, there is not a scintilla of evidence that any of the respondents are purchasers for value without notice of having acquired a defective or invalid title. A simple title search of the property would have revealed that the conveyances were the product of someone's fertile legal imagination. We pause here to draw the Bar's attention to s. 386 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (Fraudulent Registration of Title). Solicitors who lend their assistance in the preparation or execution of quit claim deeds that lack adequate explanation and justification as to their object or purpose, may well face the accusation that they are guilty of fabricating title to lands. According to s. 19 of the *Criminal Code*, ignorance of the law is generally not regarded as a lawful excuse or defence.

[43] Despite the respondents' insistence of having never opposed the Crown's application, they have never sought removal as parties. According to their own admissions they have no valid legal claim to the lands described in their quit claim deeds. Nor, as explained above, do they have any potential claim based on the doctrine of colour of right. For these reasons, a declaration must issue declaring any and all of the respondents' deeds, affecting title to the properties in question, including PID 15063654, as being void against the Crown and any subsequent purchasers or assignees from the Crown. This leaves the respondents free to sue one another with respect to any contracts surrounding the purchase and sale of the lands that are to be revested in the Crown as a result of the escheat orders.

VII. Disposition

[44] We would allow the appeal and set aside the order dismissing the Crown's application. The application should be allowed. Pursuant to s. 1 of the *Escheats and Forfeitures Act*, orders of escheat should issue with respect to the lands described in PID 15050065, 15050057, 15063662, 15002348, 15001977, 15050040, 01342344 and 15095086. With respect to PID 15063654, the Crown retains the right to continue with its application for an escheat order in accordance with these reasons for judgment. The Crown is also entitled to a declaration that all conveyancing documents registered on title, in the name of any of the respondents, dealing with any of the properties identified above, are void as against the Crown and any subsequent purchasers or assignees of the Crown.

[45] The Crown is entitled to two sets of costs. Each set embraces both the initial application and the appeal. The first set is for $5,000 payable jointly and severally by the respondents, George W. Matthews, David E. Aiken, Karl Merrill, Coastal Holdings Ltd. and Great Northern Land and Timber Corporation. The second set is for $5,000 payable by the respondent, W & R Gillespie Limited.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LES JUGES ROBERTSON et QUIGG

I. Introduction

[1] L'article 1 de la *Loi sur les biens en déshérence et les déchéances*, L.R.N.-B. 1973, ch. E-10, autorise la Couronne à solliciter une ordonnance de déshérence confirmant que des biens-fonds lui appartiennent lorsque la personne « qui en avait la possession […] en dernier lieu » est décédée intestat et sans héritiers légitimes. En l'espèce, la Couronne appelante a sollicité neuf ordonnances, savoir une pour chacun des neuf biens-fonds en question. Chaque bien-fonds a fait l'objet d'une concession de la Couronne entre 1859 et 1872. Ensemble, les biens en question s'étendent sur environ neuf cents acres et ils demeurent, à ce jour, des terres forestières (incultes). Dans l'ensemble, aucun autre document grevant le titre de propriété de ces biens-fonds n'a été enregistré avant 1989. Au cours des années 1989 et 1990, des actes formalistes touchant huit des neuf biens-fonds ont été enregistrés au bureau de l'enregistrement du comté de Charlotte. Dans chaque cas, le concédant était soit Coastal Holdings Ltd. soit George W. Matthews, intimés dans le présent appel. Au cours des onze années suivantes, différents transferts concernant les huit biens-fonds ont été effectués parmi les différents intimés. La « chaîne de titres » révèle que chacun des intimés est le propriétaire inscrit d'au moins un des huit biens en question. Toutefois, aucun des intimés ne prétend être l'héritier du concessionnaire primitif de la Couronne. Aucun des intimés ne prétend non plus avoir acheté les biens aux héritiers ou ayants droit des concessionnaires primitifs. Finalement, aucun des intimés n'a pris possession des biens-fonds, que ce soit en totalité ou en partie, et n'en a encore moins eu la possession continue. Pourtant, leurs noms figurent comme propriétaires inscrits et ils payent des impôts fonciers. Cela explique pourquoi les intimés ont été constitués parties à la requête sous-jacente.

[2] Ce qui est curieux, c'est que les intimés n'ont pas expliqué comment ni pourquoi les actes formalistes établis en 1989 et 1990 ont vu le jour et il n'existe non plus

aucun élément de preuve établissant qu'une contrepartie véritable aurait été payée. Heureusement, cette lacune sur le plan de la preuve n'a pas d'incidence sur le fond de la requête de la Couronne. Le juge saisi de la requête a pourtant refusé d'accorder les ordonnances demandées parce que la Couronne n'avait pas établi, selon la « prépondérance des probabilités », que les concessionnaires antérieurs étaient décédés intestat et sans héritiers légitimes. Pour en arriver à cette conclusion, le juge saisi de la requêté a accepté deux affidavits en preuve, un de chacun des avocats, malgré les objections de la Couronne. Ces affidavits font allusion à des héritiers possibles dont certains vivraient à l'extérieur du Nouveau-Brunswick et jusqu'en Angleterre. Lors de l'audition de la requête, les avocats des intimés ont employé comme stratagème que même s'ils ne contestaient pas la requête de la Couronne (puisque leurs clients n'avaient pas de titre sur les biens-fonds), ils s'estimaient tenus d'apporter une preuve par affidavit évoquant l'existence de possibles héritiers. À vrai dire, les intimés sont bien décidés à faire en sorte que les ordonnances de déshérence ne soient pas rendues. Peut-être espèrent-ils parfaire leurs titres respectifs, à une date ultérieure, en vertu de la doctrine de l'« apparence de droit », doctrine qui est mentionnée dans les motifs du juge saisi de la requête. Cela explique sans doute pourquoi les intimés ont déposé, en appel, des mémoires à l'appui de la décision contestée qui est maintenant publiée à (2008), 337 R.N.-B. (2e) 175, [2008] A.N.-B. no 265 (QL), 2008 NBBR 239.

[3] Nous sommes respectueusement d'avis qu'à une exception près, le juge saisi de la requête a commis une erreur en refusant de rendre les ordonnances de déshérence. Il a également commis une erreur en ne déclarant pas les titres documentaires enregistrés des intimés « inopposables » à la Couronne ainsi qu'à ses cessionnaires subséquents ou aux acquéreurs postérieurs des biens-fonds en question. Comme nous le verrons, la Couronne a établi qu'elle a pris des mesures raisonnables afin de vérifier si les concessionnaires primitifs de la Couronne ou leurs cessionnaires sont décédés intestat et sans héritiers légitimes. La Couronne a également satisfait à la norme de preuve applicable, celle de la prépondérance des probabilités. En ce qui concerne la preuve par affidavit, nous sommes d'avis que le juge saisi de la requête a commis une erreur en reconnaissant une quelconque force probante à ces documents. Pour parler carrément, ils

n'ont pas de « valeur probante ». De plus, le juge saisi de la requête a effectivement statué que s'il existe certains éléments de preuve établissant l'existence de possibles héritiers, aussi éloignés soient-ils, cela est un motif suffisant pour entraîner le rejet de la requête de la Couronne. En toute déférence, cela ne saurait être le critère applicable. Finalement, nous expliquons pourquoi la doctrine de l'« apparence de droit » ne s'applique pas aux faits de la présente instance ni, d'ailleurs, dans une instance quelle qu'elle soit où la partie ayant un intérêt opposé n'a pas la possession.

II. Le contexte

[4] Le présent appel concerne neuf biens-fonds. Chacun porte un numéro d'identification de parcelle provincial (« NID »). Le tableau suivant indique également la date de la concession de la Couronne, le nom du concessionnaire et le nom de l'actuel propriétaire inscrit :

NID	Parcelle	Numéro de l'acte formaliste	Date de l'acte formaliste	Réputé propriétaire
(1) 15050065	Lot 110 concédé à George Bingham en 1862	11290211	15 août 2000	The Great Northern Land & Timber Corporation
(2) 15050057	Lot 111 concédé à George Bingham en 1862	11749133	9 févr. 2001	The Great Northern Land & Timber Corporation
(3) 15063662	Lot 23 concédé à Josiah Murphy en 1859	141673	9 juillet 1998	W & R Gillespie Ltd.
(4) 15063654	Lot 21 concédé à David A. Murphy en 1859	141673	9 juillet 1998	W & R Gillespie Ltd.
(5) 15002348	Lot W concédé à Richardson Webb en 1869	11449	3 juin 1905	(John E. Slater)
(6) 15001977	Lot 113 concédé à James Bingham en 1862	11749133	9 févr. 2001	The Great Northern Land & Timber Corporation
(7) 15050040	Lot 115 concédé à James Bingham en 1862	11749133	9 févr. 2001	The Great Northern Land & Timber Corporation

(8) 01342344	½ est ½ lot A concédé à Robert Thomson in 1867	132980	14 août 1995	David Gilman Aiken
(9) 15095086	½ est ½ lot A concédé à Robert Thomson en 1867	132946	14 août 1995	G. Bradley Simon

[5] Le bien-fonds portant le NID 15002348 a initialement été concédé à Richardson Webb par l'acte de concession numéro 13347 daté du 18 septembre 1869 et enregistré le 18 septembre 1869. Richardson Webb a transporté ce bien-fonds à Hubert Webb par un acte formaliste daté du 7 janvier 1893 et enregistré au bureau de l'enregistrement du comté de Charlotte le 27 décembre 1895. Hubert et Sadie Webb ont subséquemment transféré le bien à Peleg R. S. Paisley par un acte formaliste daté du 17 octobre 1899 et enregistré le 15 janvier 1900. La chaîne de titres révèle ensuite l'existence d'un acte de garantie établi par William R. Paisley en faveur de John E. Slater, daté du 3 juin 1905 et enregistré le 30 mars 1908. La personne qui a effectué la recherche de titre n'a trouvé aucun transport de Peleg Paisley à William Paisley et l'acte de garantie ne contenait aucuns attendus expliquant de quelle façon le titre sur le bien avait été dévolu à William Paisley. Le titre comporte donc une « lacune » inexpliquée. Le dernier propriétaire inscrit est John Slater qui était domicilié à Blissville, dans le comté de Sunbury, au moment du transport. Selon le résumé de titre de la Couronne, on n'a trouvé aucun renseignement consigné concernant John E. Slater au bureau de l'enregistrement du comté de Sunbury. Sur les neuf biens à l'égard desquels on sollicite une ordonnance de déshérence, le bien de M. Slater est le seul qui n'intéresse pas les intimés.

[6] Le bien-fonds portant le NID 15063654 a été concédé à David A. Murphy par l'acte de concession numéro 9228 daté du 18 août 1859. Par un acte formaliste daté du 4 juillet 1895 et enregistré au bureau de l'enregistrement du comté de Charlotte, David A. Murphy a transporté ce bien à James R. McLeod. L'intimée W & R Gillespie Ltd. a obtenu un acte de transport par renonciation relativement à ce bien en 1998. Dans son affidavit daté du 22 mai 2008, M. Don Dixon a déclaré que dans le cadre de ses recherches, il a découvert que James R. McLeod et son épouse avaient eu trois enfants, savoir Ronald, Donald et Kenneth, tous de Saint John. M. Dixon a également réussi à

retrouver la veuve de Kenneth McLeod, Freda McLeod. Par ailleurs, le nom de l'intimée W & R Gillespie Ltd. figure sur le titre à titre de propriétaire inscrite. La pertinence de ces faits est examinée ci-dessous.

[7] La première tentative de la Couronne en vue de revendiquer le titre valable en droit sur les biens-fonds a eu lieu en 1976 et elle a consisté à respecter les conditions énoncées dans la *Loi sur les terres abandonnées*, L.R.N.-B. 1973, ch. A-1, alors en vigueur, lesquelles comprenaient la publication d'avis publics relatifs aux biens-fonds susmentionnés. Les avis ont été publiés dans *La Gazette royale* et le *Telegraph Journal*. Toutefois, la Couronne a reçu de la New Brunswick Association of Metis and Non-Status Indians un avis l'informant que l'Association déposait une revendication officielle relativement aux biens-fonds en question. Il semble que des discussions entre l'Association et la Province ont eu lieu pendant un certain temps à propos de cette question et que celle-ci a ensuite été laissée en suspens. Le dossier révèle qu'en 1983, l'Association a renoncé par correspondance à toute revendication relative aux biens-fonds en question. Il semble que la Couronne s'est montrée intéressée à revendiquer de nouveau les neuf biens-fonds au début des années 1980, lorsque J.D. Irving, Limited a commencé à prendre des renseignements concernant certains de ces biens dans l'espoir de les ajouter aux terres visées par le permis existant que la Couronne lui avait délivré.

[8] J.D. Irving, Limited a fait d'autres demandes de renseignements dans les années 1990, époque à laquelle la Couronne a fait une autre tentative en vue de se faire réattribuer les terres en question. Cette tentative, toutefois, était maintenant régie par la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, L.N.-B. 1980, ch. C-38.1, la *Loi sur les terres abandonnées* ayant été abrogée. Les articles 85 à 94 de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne* exposent la procédure qui régit la revendication d'une terre abandonnée. Il y a de nouveau eu des retards et en 1990, la Province a publié des avis publics, conformément à l'art. 87 de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, dans *La Gazette royale*, *The Saint Croix Courier* et le *Telegraph Journal*. Cette fois-là, les intimés George Matthews, Karl Merrill, David Aiken et Brian Glebe ont déposé une demande officielle. La réattribution des terres en question a une fois de plus été différée.

[9] Pour des raisons qui n'ont jamais été expliquées, des actes de transport par renonciation se rapportant à sept des huit biens-fonds, maintenant enregistrés aux noms respectifs des intimés, ont été enregistrés au bureau de l'enregistrement du comté de Charlotte. Le huitième bien-fonds a été transféré au moyen de l'acte formaliste conventionnel (les huit actes formalistes sont tous, ci-après, collectivement appelés les « actes de transport par renonciation »). L'examen du résumé de titre de chacun des biens-fonds révèle que la lacune dans la chaîne de titres, à partir de la concession primitive, est imputable aux actes de transport par renonciation enregistrés par George Matthews ou Coastal Holdings Ltd. Ces actes établissent des transports soit de Coastal Holdings Ltd. à George Matthews soit de George Matthews à Coastal Holdings. Les actes de transport par renonciation sont tous datés d'octobre 1989, de décembre 1989 et de janvier 1990. Dans plusieurs cas, d'autres actes de transport ont été enregistrés aux noms des différents intimés. Le juge saisi de la requête s'est dit d'avis que les actes de transport par renonciation [TRADUCTION] « pourraient avoir été enregistrés pour que les intimés commencent à recevoir des factures d'impôts et pour donner une apparence de […] droit et de possession aux biens en question ».

[10] Me Gillis représente les intimés George Matthews, David E. Aiken, Karl Merrill, Coastal Holdings Ltd. et The Great Northern Land & Timber Corporation. Me Ames représente W & R Gillespie Limited. Les intimés G. Bradley Simon, Brian Glebe et David Gilman Aiken n'étaient pas représentés par un avocat et ils n'ont pas pris part à l'appel. Nous soulignons, entre parenthèses, que ni l'un ni l'autre des avocats des intimés n'ont participé à la passation des actes de transport par renonciation. Les intimés sont devenus les propriétaires inscrits des terres en question de la façon suivante :

NID	Acte / Année	Concédant	Concessionnaires + année de la concession
(1) 15050065	Transport par renonciation - 1990	**Coastal Holdings Ltd. →**	George W. Matthews → Karl Merrill → **(1990)** The Great Northern Land & Timber Corp. → **(2000)**

(2) 15050057	Transport par renonciation - 1990	**Coastal Holdings Ltd.** →	George W. Matthews → **(2001)** The Great Northern Land & Timber Corp.
(3) 15063662	Transport par renonciation - 1990	**Coastal Holdings Ltd.** →	George W. Matthews → The Great Northern Land & Timber Corp. **(1997)** → W & R Gillespie Limited **(1998)**
(4) 15063654	Transport par renonciation - 1990	**Coastal Holdings Ltd.** →	George W. Matthews → The Great Northern Land & Timber Corp. **(1997)** → W & R Gillespie Limited **(1998)**
(5) 15002348	S/O en ce qui concerne les intimés	**S/O**	**S/O**
(6) 15001977	Transport par renonciation - 1989	**George W. Matthews** →	Coastal Holdings Ltd. → The Great Northern Land & Timber Corp. **(2001)**
(7) 15050040	Transport par renonciation - 1989	**George W. Matthews** →	Coastal Holdings → The Great Northern Land & Timber Corp. **(2001)**
(8) 01342344 (9) 15095086	Acte formaliste de transport - 1995 Acte de transport par renonciation - 1995	**George W. Matthews** → **David E. Aiken** **George W. Matthews** →	David Gilman Aiken David E. Aiken, George W. Matthews et Brian Glebe David E. Aiken, George W. Matthews → G. Bradley Simon **(1995)**

[11] Il semble que les rubriques 8 et 9 s'appliquent peut-être à la même parcelle de terrain concédée, à l'origine, à Robert Thompson. Selon Service Nouveau-Brunswick, David E. Aiken, Bella R. Lawrence et Gideon Prescott étaient les propriétaires de cette parcelle. Les noms de Bella R. Lawrence et de Gideon Prescott proviennent d'un acte formaliste établi en 1867 et enregistré en 1872 qui leur concédait le bien.

[12] L'audition de la requête de la Couronne a duré quatre jours répartis sur six mois : les 4 janvier, 25 février, 7 avril et 2 juin 2008. Lors de l'audience du 25 février 2008, les avocats des intimés respectifs ont reconnu que leurs clients n'avaient aucun droit [TRADUCTION] « en common law » sur les biens qui faisaient l'objet de la requête. Plus précisément, l'avocat de cinq des intimés, Me Gillis, a confirmé à l'audience de février 2008 que ses clients n'avaient pas de [TRADUCTION] « titre en common law ou en equity » sur les biens-fonds en question. À l'audience de février, l'avocat de la

société W & R Gillespie, Me Ames, a en outre dit ceci : [TRADUCTION] « [Q]ue l'un ou l'autre d'entre nous se présente devant vous et tente de prétendre que nous avons la saisine ou que nos clients sont propriétaires d'une façon que le droit reconnaît, cela est impossible ».

[13] Lors de l'audience du 25 février 2008, Me Gillis a également dit [TRADUCTION] « croire » que des héritiers légitimes des biens concédés à MM. Bingham pourraient résider en Angleterre et que des dossiers du tribunal successoral mentionnent l'existence d'héritiers du bien de M. Prescott et de Mme Lawrence jusqu'en 1940. En ce qui concerne ce bien, Me Gillis a fait valoir qu'il pourrait y avoir eu des héritiers qui habitaient en Colombie-Britannique, qui sont décédés en 1966 et qui ont laissé des enfants. La Cour semble avoir accepté ce témoignage, soulignant qu'ils avaient été présentés par Me Gillis en sa qualité [TRADUCTION] d'« auxiliaire de justice ».

[14] Lors des audiences du 7 avril et du 2 juin 2008, la Couronne a contesté l'admissibilité d'un affidavit que Me Gillis avait présenté. À l'audience du 2 juin 2008, Me Ames a présenté un affidavit. Les deux affidavits et les documents qui y sont joints font allusion à de possibles héritiers. Le souscripteur des deux affidavits était Donald Dixon qui exploite une entreprise de [TRADUCTION] « recherches généalogiques ». Ces affidavits sont examinés plus en détail ci-dessous.

[15] Le juge saisi de la requête a statué que la Couronne n'avait pas établi, [TRADUCTION] « selon la prépondérance des probabilités », que les biens en question étaient « susceptibles d'être dévolus à la Couronne du fait que la personne qui en avait la possession ou y avait droit en dernier lieu est décédée intestat et sans héritiers légitimes», comme le veut l'art. 1 de la *Loi sur les biens en déshérence et les déchéances*. Le point crucial du raisonnement qu'a suivi le juge pour rejeter la requête de la Couronne est énoncé dans un seul paragraphe de ses motifs de jugement:

> Les documents constituant du ouï-dire qui ont été déposés laissent entendre qu'un certain nombre de ces personnes ont en fait déménagé et auraient pu laisser des héritiers aux États-Unis et au Royaume-Uni. Il est donc possible que certaines de ces personnes aient des héritiers vivants. Ces héritiers n'ont pas répondu à l'avis de validation du titre publié dans le *St. Croix Courier* et le *Telegraph Journal*. Aucun héritier éventuel n'a présenté de réclamation. La Province est d'avis qu'elle n'est pas tenue d'en faire plus. [par. 12.]

[16] Il est évident que le juge saisi de la requête a débouté la Couronne en raison des affidavits constituant du ouï-dire qui faisaient allusion à l'existence d'héritiers possibles. Lorsqu'il a rejeté la requête de la Couronne, le juge a ajouté ce qui suit : [TRADUCTION] « [En rejetant la requête], je ne donne pas mon aval aux réclamations de titre présentées par les intimés et fondées sur des actes de transport par renonciation relativement récents » (par. 26).

V. Les questions à trancher

[17] La Couronne a soulevé pas moins de neuf moyens d'appel. À bien y penser, le présent appel peut être ramené aux quatre questions suivantes : (1) La Couronne a-t-elle engagé les poursuites en vertu de la bonne loi (la *Loi sur les biens en déshérence et les déchéances* par opposition à la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*)? (2) Le juge saisi de la requête a-t-il appliqué la bonne norme de preuve (la prépondérance des probabilités)? (3) La Couronne a-t-elle pris des mesures raisonnables pour déterminer s'il existait des héritiers possibles? (4) Le juge saisi de la requête a-t-il commis une erreur en admettant en preuve les deux affidavits susmentionnés ou en leur reconnaissant une force probante?

VI. Analyse

[18] La première question à trancher est celle de savoir si la Couronne aurait dû poursuivre en vertu de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne* plutôt qu'en vertu de la *Loi sur les biens en déshérence et les déchéances* afin de confirmer les titres fonciers

en question. Nous sommes d'avis que la Couronne n'a pas commis d'erreur en engageant des poursuites sous le régime de cette dernière *Loi*. La première s'applique dans les cas où la terre en question semble avoir été abandonnée et que l'on ignore l'existence des héritiers du « dernier propriétaire » et le lieu où ces personnes se trouvent (voir l'art. 85 de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*). En somme, en enregistrant leurs actes de transport par renonciation, les intimés se trouvent à signifier au monde entier qu'ils sont les « derniers propriétaires » et ils écartent ainsi la notion voulant que ces terres aient été abandonnées et, corrélativement, l'application de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*. Par conséquent, le fait que les intimés soient désignés dans les actes de transport par renonciation comme étant les concessionnaires des biens-fonds en question était suffisant pour écarter l'application possible de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne* et pour forcer la Couronne à poursuivre sous le régime de la *Loi sur les biens en déshérence et les déchéances*. À cet égard, les art. 1 et 2 revêtent une importance cruciale. Ils sont ainsi rédigés :

Escheats and Forfeitures Act,
R.S.N.B. 1973, c. E-10

1 When any lands, tenements or hereditaments situate in this Province have become liable to be escheated to the Crown by reason of the person last seised thereof or entitled thereto having died intestate and without lawful heirs, or by reason of the same having become forfeited for any cause, the Attorney General may cause possession of such lands, tenements or hereditaments to be taken in the name of the Crown, <u>or in case possession is withheld he may cause an action to be brought</u> for the recovery thereof, without any inquisition being first necessary.
R.S., c.73, s.1; 1981, c.6, s.1.

2 The proceedings in such action may be in all respects similar to those in other actions for the recovery of land.
R.S., c.73, s.2.

[Emphasis added.]

Loi sur les biens en déshérence et les déchéances,
L.R.N.-B. 1973, ch. E-10

1 Lorsque des biens-fonds, tènements ou héritages situés dans la province sont susceptibles d'être dévolus à la Couronne du fait que la personne qui en avait la possession ou y avait droit en dernier lieu est décédée intestat et sans héritiers légitimes ou que les droits sur ces biens sont déchus pour une raison quelconque, le procureur général peut faire prendre possession de ces biens-fonds, tènements ou héritages au nom de la Couronne <u>ou, en cas d'opposition à cette prise de possession, faire intenter une action</u> en recouvrement de ces biens sans nécessité d'une enquête préalable.
S.R., c.73, art.1; 1981, c.6, art.1.

2 Les procédures dans une telle action peuvent être à tous égards semblables à celles employées dans les autres actions en recouvrement de biens-fonds.
S.R., c.73, art.2.

[C'est moi qui souligne.]

[19] Notre interprétation des articles susmentionnés nous amène à conclure que la *Loi sur les biens en déshérence et les déchéances* s'applique dans n'importe lequel des trois cas de figure suivants. Premièrement, il y a les cas où la personne qui avait la possession des biens-fonds en dernier lieu est décédée intestat et sans héritiers légitimes. Deuxièmement, il y a les cas où la personne qui avait la possession des biens-fonds en dernier lieu a commis un acte quelconque qui a entraîné la déchéance des droits sur les biens-fonds et leur confiscation au profit de la Couronne. En ce qui concerne cette catégorie, il n'y a que peu de place dans la loi, si tant est qu'il y en ait, pour la notion de déchéance telle qu'elle avait été définie en droit à l'origine. Cela est expliqué dans l'ouvrage de Anger et Honsberger intitulé *Law of Real Property*, 3e éd., feuillets mobiles (Aurora (Ont. : Canada Law Book, 2008) vol. 2 :

> [TRADUCTION]
> Le mot anglais « *escheat* » est issu du verbe « eschoir » qui en ancien anglais et en ancien français voulait dire « choir, tomber ». À l'époque féodale, les biens étaient échus ou dévolus au monarque ou à un autre seigneur lorsque la lignée du tenant en fief simple s'éteignait par manque d'héritiers ou était entachée du fait d'une trahison ou d'un crime de telle sorte que les biens n'étaient plus héréditairement transmissibles. Autrefois, le *Code criminel* disposait qu'aucune confession, aucune déclaration de culpabilité, ni aucun jugement au sujet d'un crime de trahison ou d'un acte criminel, ne causaient la mort civile, la confiscation des biens ni la déshérence. Aujourd'hui il dispose que lorsqu'une disposition crée une infraction et prévoit une peine à son égard, une personne qui est déclarée coupable d'une telle infraction n'encourt à son égard aucune autre peine que celle que prévoit [le *Code*] ou la disposition qui crée l'infraction. Le fait qu'une personne décédée intestat n'ait pas d'héritiers est maintenant, au Canada, le seul motif susceptible de faire tomber des biens réels en déshérence.
>
> […]
>
> La déshérence est une prérogative de la Couronne du chef des Provinces. En principe, cette prérogative mène à la conclusion que lorsqu'il y a déshérence, la Couronne n'acquiert pas les biens en question sous réserve des droits

> des créanciers de l'intestat puisque la Couronne n'acquiert pas ces biens par l'intermédiaire ou sous l'autorité de l'intestat. [par. 29:20]

[20] La troisième catégorie envisagée à l'art. 1 de la *Loi sur les biens en déshérence et les déchéances* concerne les situations qui relèveraient par ailleurs des deux premières catégories n'eût été le fait qu'une personne est effectivement en possession des biens-fonds en question. Lorsque l'instance relève de cette catégorie, la Couronne est autorisée à engager contre la personne qui a la possession des biens une action en recouvrement de ceux-ci. Conformément à l'art. 2 de la *Loi*, la procédure dans une action en vue de recouvrer la possession peut être semblable à celle employée dans les autres actions en recouvrement de biens-fonds.

[21] Nous mettons en évidence la partie de l'art. 1 de la *Loi sur les biens en déshérence et les déchéances* qui dispense la Couronne de la nécessité de tenir une « enquête » dans le cas où elle fait intenter une action en recouvrement de la possession des biens en question. Selon notre interprétation du droit, une « enquête » consiste tout simplement en une recherche juridique sur le titre de biens dont la Couronne revendique la propriété en raison de l'absence de testament et de l'omission de désigner des héritiers légitimes ou en raison d'une déchéance. Nous fondons cette interprétation sur l'ouvrage *Halsbury's Laws of England*, 4e éd., vol. 1(1), réédition (Londres : Butterworths, 1989), où on lit ceci : [TRADUCTION] « Par suite de l'abolition de la déshérence, les enquêtes sur la déshérence, par lesquelles était établi le droit de la Couronne aux biens des intestats qui étaient décédés sans héritiers, n'ont plus lieu ». (p. 375, par. 280). Fait intéressant, le *Black's Law Dictionary* (4e éd.) décrit un « *escheator* » en anglais comme étant, en droit anglais, un agent nommé dans chaque comté afin de s'occuper des biens en déshérence qui étaient dévolus au roi dans le comté et de les certifier. Il va sans dire qu'il n'y a pas d'agent de cette sorte au Nouveau-Brunswick (voir la décision *Doe dem. Des Barres c. White* (1842), 3 N.B.R. 595 (C.S.) où il est question [TRADUCTION] d'« enquêtes » relatives à des titres sur des terres de la Couronne qui avaient été accordés mais n'avaient pas été enregistrés dans le délai d'un an prescrit par la loi.)

[22] Dans l'optique de ce contexte superficiel, nous estimons qu'une « enquête » n'est pas nécessaire dans les cas où la Couronne sollicite une ordonnance de mise en possession contre un tiers au moyen d'une action (la troisième catégorie). Il en est ainsi parce que la question du titre sera tranchée dans le cadre de l'action possessoire. Dans tous les autres cas, toutefois, une interprétation équitable de l'art. 1 de la *Loi sur les biens en déshérence et les déchéances* nous amène à penser qu'une enquête relative à un titre foncier est une condition préalable à toute ordonnance constatant la déshérence. Malheureusement, les concepts juridiques que sont la « déshérence » et l'« enquête » s'y rapportant prennent leur source dans l'antiquité. Par conséquent, nous devons tenir pour acquis que l'obligation légale de tenir une enquête est obsolète et remplacée par une procédure moderne : l'introduction d'une requête en vue d'obtenir une ordonnance de déshérence sous le régime de la règle 16 des *Règles de procédure*. En résumé, dans la mesure où l'art. 1 de la *Loi sur les biens en déshérence et les déchéances* impose à la Couronne l'obligation d'effectuer une enquête relativement au titre sur le bien-fonds à l'égard duquel l'ordonnance de déshérence est demandée, cette obligation sera remplie du fait de la procédure engagée en réponse au dépôt de l'avis de requête de la Couronne en vertu de la règle 16. Lors de l'audition de la requête, la Couronne doit établir l'existence d'un droit légal à l'ordonnance de déshérence. C'est lors de cette audience que le titre sur les biens-fonds en question fera l'objet d'une enquête et qu'il sera statué sur ce titre.

[23] La question suivante que nous devons trancher concerne la norme de preuve applicable. La Couronne prétend que le juge saisi de la requête a commis une erreur en adoptant la norme civile de la « prépondérance des probabilités ». Nous estimons que le juge saisi de la requête n'a pas commis d'erreur en imposant cette norme de preuve applicable en droit civil. Dans l'arrêt *F.H. c. McDougall*, [2008] 3 R.C.S. 41, [2008] A.C.S. n° 54 (QL), 2008 CSC 53, la Cour suprême a statué que dans une instance civile, une seule norme de preuve s'applique, celle de la prépondérance des probabilités. Toutefois, cette norme de preuve ne nous dit pas quelles mesures la Couronne doit prendre pour établir que la personne qui avait la possession des biens-fonds en dernier lieu est décédée intestat et sans héritiers légitimes.

[24] La *Loi sur les biens en déshérence et les déchéances* ne précise pas non plus les mesures que la Couronne doit prendre pour convaincre le juge saisi de la requête que la personne qui avait la possession des biens en dernier lieu est décédée intestat et sans héritiers. Il y a lieu de contraster ce vide juridique avec les conditions préalables prescrites dans la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne* ou la *Loi sur la validation des titres de propriété*, L.R.N.-B. 1973, ch. Q-4. Puisque les textes législatifs ne prescrivent aucune condition préalable explicite au prononcé d'une ordonnance de déshérence, nous sommes d'avis que le droit devrait obliger le juge saisi de la requête à déterminer si, dans les circonstances qui l'occupent, la Couronne a pris des mesures raisonnables afin de s'assurer que la personne qui avait la possession des biens-fonds en dernier lieu est, en fait, décédée intestat et sans héritiers légitimes. Pour se prononcer sur cette question, le juge saisi de la requête doit tenir compte du temps qui s'est écoulé entre le jour où la personne qui avait la possession des biens en dernier lieu a acquis son intérêt et le jour où la requête en vue d'obtenir une ordonnance constatant la déshérence a été déposée.

[25] Il devrait aller de soi que plus la période écoulée est longue plus il sera difficile à la Couronne d'obtenir des éléments de preuve établissant qu'une personne est décédée sans héritiers légitimes. À l'inverse, plus l'intervalle de temps est court plus il sera probable que quelqu'un sera en mesure de « retrouver » les héritiers du défunt propriétaire foncier. Donc, il se peut que les mesures que la Couronne doive prendre pour faire enquête avant de solliciter une ordonnance de déshérence soient plus complexes ou plus exigeantes dans les cas où l'intervalle écoulé est relativement court. Par contraste, lorsque la période écoulée est considérable, la Couronne ne devrait pas avoir l'obligation, par exemple, de pousser ses recherches en vue de trouver des héritiers au-delà des frontières provinciales sauf si des faits précis et connus amèneraient un chercheur ou enquêteur raisonnable à le faire. Ainsi, si la personne qui a eu la possession des biens-fonds en dernier lieu est décédée en 1960, on s'attendrait à ce que la Couronne soit en mesure de réunir des éléments de preuve convaincants en ce qui concerne la question de savoir si cette personne est décédée intestat et sans héritiers légitimes. Une enquête de ce genre pourrait même donner lieu à des recherches ou à des demandes de

renseignements dans un autre pays. Par contre, lorsque la personne qui avait la possession des biens-fonds en dernier lieu a acquis son intérêt en 1850, les chances de trouver des héritiers légitimes ont diminué avec le temps. Par conséquent, la Couronne ne devrait pas, sauf circonstances exceptionnelles, être tenue de parcourir tout le pays ou de se rendre à l'étranger dans l'espoir de découvrir d'éventuels héritiers.

[26] En résumé, la Couronne doit établir, selon la prépondérance des probabilités, que la personne qui a eu la possession des biens-fonds en question en dernier lieu est décédée intestat et sans héritiers légitimes. Pour s'acquitter de cette charge de preuve, la Couronne doit établir qu'elle a pris des mesures raisonnables afin de faire enquête. Les dispositions de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne* et de la *Loi sur la validation des titres de propriété* apportent certaines orientations mais elles ne doivent pas être considérées comme des modèles immuables. Compte tenu des circonstances propres à l'instance et, en particulier, de la période écoulée entre la date du transport à la personne qui avait la possession des biens-fonds en dernier lieu et celle de la requête en vue d'obtenir une ordonnance de déshérence, le juge saisi de la requête doit décider si les mesures prises étaient suffisantes et, corrélativement, si la Couronne s'est acquittée de la charge qui lui incombait d'établir ses prétentions selon la prépondérance des probabilités.

[27] Si l'on applique le cadre exposé ci-dessus aux faits de la présente instance, il est impossible de ne pas tenir compte de la période de temps considérable qui s'est écoulée entre la date de la présente requête et celles des concessions de la Couronne. L'intervalle écoulé va de 143 à 150. L'importance de ce fait est évidente. Les chances de retrouver des héritiers diminuent avec chaque année qui passe. Face à cette réalité, la Cour doit examiner les mesures d'enquête que la Couronne a prises dans l'affaire qui nous occupe. Pour commencer, nous reconnaissons que la preuve documentaire que la Couronne a produite en ce qui concerne les titres de propriété des neuf biens-fonds est à la fois volumineuse et exhaustive (elle compte approximativement 700 pages). De plus, la Couronne a publié des avis publics concernant la requête dans *La Gazette royale*, le *Telegraph Journal* (le journal provincial de langue anglaise) et le *Saint Croix Courier*

(publié dans le comté de Charlotte), respectivement, à trois reprises. Nous avons examiné ces avis et nous concluons qu'ils sont informatifs et se rapportent directement à la question de savoir s'il existe des héritiers légitimes des personnes qui avaient la possession des biens en question en dernier lieu. Les avis étaient également accompagnés de cartes pertinentes. La Couronne a signifié personnellement à tous les propriétaires des terrains contigus un avis de la tenue de l'audience. Un avis à été remis au New Brunswick Aboriginal Peoples Council. La Couronne a effectué, pour chacun des biens-fonds en question, une recherche de titre qui remontait jusqu'aux concessions de la Couronne et elle a préparé des résumés de titre pour chaque bien. La Couronne a également fait effectuer des recherches dans les dossiers du tribunal successoral du comté de Charlotte, au service des Archives provinciales, à partir de la date à laquelle les biens en question ont été concédés aux concessionnaires primitifs ou de la date à laquelle le dernier détenteur du titre a reçu les biens-fonds avant l'enregistrement des actes de transport par renonciation. Nous soulignons, incidemment, que les mesures que la Couronne a prises respectent, pour l'essentiel, le cadre énoncé dans la *Loi sur la validation des titres de propriété*.

[28] À cette étape-ci, nous devons nous demander si la Couronne a l'obligation générale de publier des avis de la requête en instance à l'extérieur du Nouveau-Brunswick ou d'effectuer des recherches généalogiques. La réponse à cette question varie selon les circonstances de chaque instance. Comme nous l'avons dit plus tôt, toutefois, et à titre de proposition générale, nous estimons que plus la période écoulée entre la date de la requête et celle à laquelle la personne a eu la possession du bien en dernier lieu est longue, moins il est probable que la Couronne sera tenue de publier des avis à l'extérieur du comté où les biens-fonds sont situés. La même chose est vraie en ce qui concerne les recherches généalogiques effectuées à l'extérieur de la province afin d'essayer d'identifier et d'aviser de possibles héritiers. En l'espèce, l'intervalle écoulé est probant, sinon décisif. À une exception près, la période écoulée va de 143 à 150. L'exception concerne le bien-fonds de M. Slater (NID 15002348) dans le cas duquel l'intervalle est de 104 ans et qui ne présente aucun intérêt aux yeux des intimés. Dans ces circonstances et en l'absence de tout élément de preuve indiquant que des héritiers

habitaient dans d'autres ressorts, la Couronne était fondée à tenir pour acquis qu'elle s'était acquittée de ses obligations en matière d'enquête. Les mesures qui ont été prises pour faire enquête et déterminer si la personne qui a eu la possession de chacun des neuf biens en dernier lieu est décédée intestat et sans héritiers légitimes étaient raisonnables lorsque évaluées à la lumière de la période écoulée entre la date des concessions de la Couronne ou des derniers transports effectués et la date de la requête. Toutefois, cela ne clôt pas la question. Nous devons examiner la preuve par affidavit des intimés qui évoque la possibilité que des héritiers existent.

[29] Lors de l'audience du 25 février 2008, Me Gillis a dit [TRADUCTION] « croire » que des héritiers légitimes des biens de MM. Bingham (NID 15001977 et 15050040) pourraient être domiciliés en Angleterre. De plus, Me Gillis a dit qu'il y avait au tribunal des successions des dossiers indiquant qu'il y avait eu des héritiers du bien de M. Prescott et de Mme Lawrence jusqu'en 1940 (NID 01342344). En ce qui concerne Mme Lawrence, Me Gillis a fait valoir qu'il pouvait y avoir eu des héritiers domiciliés en Colombie-Britannique qui sont décédés en 1966 et ont laissé des enfants. La Cour n'a pas rejeté ce témoignage, soulignant qu'il avait été présenté par Me Gillis en sa qualité [TRADUCTION] d'« auxiliaire de justice ». Bien qu'il soit vrai que Me Gillis est un auxiliaire de justice, il est également vrai que l'on ne peut être à la fois avocat et témoin dans une même affaire. Il suffit d'invoquer la décision de notre Cour dans l'arrêt *Hughes c. Moncton (City)* (2006), 304 R.N.-B. (2e) 92, [2006] A.N.-B. n° 358 (QL), 2006 NBCA 83, à l'appui de cette proposition. En somme, il aurait été interdit à Me Gillis de rendre un témoignage de vive voix pendant qu'il agissait comme avocat. À notre avis, toutefois, cette question est sans importance. Tous ces renseignements ont subséquemment été déposés en preuve par l'intermédiaire de l'affidavit de Donald Dixon, daté du 4 avril 2008. Cet affidavit a été produit à la reprise de l'audition de l'affaire, le 7 avril 2008. Nous nous pencherons maintenant sur l'admissibilité et la valeur probante de cet affidavit.

[30] L'affidavit du 4 avril 2008 ne se rapporte qu'à quatre des neuf biens en question. En ce qui concerne les NID 01342344 et 15095086, les personnes qui ont eu la

possession de ce bien en dernier lieu étaient Bella Lawrence et Gideon Prescott. L'affidavit souligne que Jesse Prescott était le père de Gideon Prescott. Est jointe à l'affidavit une pièce « A » où l'on dresse la liste des descendants de Jesse Prescott. La pièce « B » consiste en un arbre généalogique de Jesse Prescott. La pièce « C » fait état de l'arbre généalogique de Bella Lawrence. Finalement, on lit dans l'affidavit que son souscripteur a retenu les services d'un généalogiste habitant en Angleterre qui avait fait des recherches sur la généalogie d'un dénommé George Bingham. Deux des biens en question avaient été concédés, à l'origine, à un dénommé George Bingham (NID 15050065 et NID 15050057). Ces deux biens-fonds font l'objet d'un acte de transport par renonciation en faveur de l'intimée The Great Northern Land & Timber Corporation. On lit dans l'affidavit que le généalogiste a transcrit une partie du testament d'un certain George Bingham qui est décédé en Angleterre et qui avait deux héritiers. La pièce « D » expose ces faits. Pour être franc, l'affidavit aurait dû être rejeté pour la simple raison qu'il n'a aucune valeur probante. Il n'y a tout simplement aucun élément sur lequel on pourrait s'appuyer pour conclure raisonnablement que les personnes mentionnées dans l'affidavit sont les mêmes que celles qui avaient acquis le titre sur les biens-fonds en question. Par exemple, il est impossible de déterminer à la lecture de l'affidavit si le George Bingham qui avait acquis des terres au Nouveau-Brunswick est le même George Bingham qui est mentionné dans la recherche généalogique.

[31] Le deuxième affidavit contesté a également été fait sous serment par M. Dixon et il est daté du 22 mai 2008. Il a été remis au juge saisi de la requête lors de la reprise de l'audition de l'affaire, le 2 juin 2008. Cet affidavit se rapporte à deux biens. Le premier est identifié par le NID 15003662; bien-fonds qui avait, à l'origine, été concédé à Josiah Murphy. Dans son affidavit, M. Dixon dit qu'il a réussi à trouver une personne du nom de Josiah Murphy, qui est décédée à Woodstock en 1904, après avoir effectué des recherches dans les Archives provinciales et sur Internet. M. Dixon déclare qu'après le décès de M. Murphy, son épouse et ses enfants ont déménagé aux États-Unis. Mais là encore, on ne nous dit pas s'il existe un motif raisonnable de croire que le Josiah Murphy en question est le Josiah Murphy qui avait acquis des biens-fonds dans le comté de Charlotte. L'affidavit du 22 mai 2008 mentionne également le bien portant le NID

15063654 qui avait initialement été concédé à David A. Murphy en 1859 et a ultérieurement été transporté à James R. McLeod en 1895. Il s'agit du même bien-fonds à l'égard duquel l'intimée W & R Gillespie Ltd. a reçu un acte de transport par renonciation en 1998. M. Dixon dit que selon le recensement effectué au Nouveau-Brunswick en 1911, il n'y avait qu'un seul James R. McLeod. Fort de ce renseignement, M. Dixon a été en mesure d'établir qu'un dénommé James R. MacLeod est décédé en 1962 en laissant une veuve et trois enfants. Un de ces enfants était Kenneth, qui a épousé Freda, laquelle vit maintenant à Saint John.

[32] D'aucuns pourraient soutenir que les affidavits de M. Dixon comprennent du ouï-dire et un témoignage d'opinion qui n'ont pas de fondement factuel. Toutefois, nous ne pouvons faire fi des éléments de preuve établissant l'existence d'un possible héritier survivant de James R. MacLeod. Quant à savoir s'il s'agit du même James R. McLeod que celui qui a acquis les terres portant le NID 15063654 en 1895, c'est une autre question. Il existe cependant une autre preuve par affidavit qui révèle que la Couronne a reconnu que Freda McLeod pourrait être considérée comme une héritière légitime au sens de la *Loi sur les biens en déshérence et les déchéances*. Le dossier d'appel contient deux affidavits. Ces affidavits révèlent que Mme McLeod avait convenu de ne pas contester la requête en vue d'obtenir l'ordonnance de déshérence, mais que la Couronne lui donnerait un délai de six mois pour produire des preuves satisfaisantes établissant qu'elle était une héritière légitime du James R. McLeod à qui avaient été concédés les biens-fonds maintenant identifiés par le NID 15063654. La preuve par affidavit révèle également que Mme McLeod a consulté un avocat à propos de cette affaire. Ces faits sont exposés dans l'affidavit de Patricia Beck, fille de Kenneth et Freda McLeod, et dans l'affidavit de Gordon Foster, un cousin. M. Foster pourrait lui aussi être un héritier légitime.

[33] La Couronne affirme que nous devrions accorder l'ordonnance de déshérence en ce qui concerne le bien de M. McLeod portant le NID 15063654, malgré la preuve établissant l'existence de possibles héritiers dans la province. La Couronne prétend que les personnes en question peuvent présenter une demande en vertu de l'art. 3

de la *Loi sur les biens en déshérence et les déchéances* afin de faire valoir les droits qu'elles peuvent avoir sur ce bien. En résumé, l'art. 3 dispose que malgré le fait que des biens-fonds ont pu être dévolus à la Couronne, le lieutenant-gouverneur en conseil peut les concéder à toute personne « ayant un droit moral sur ces biens ». Nous sommes d'avis que l'art. 3 ne s'applique pas dans les cas où la personne en question prétend être une héritière légitime. Cette personne ne revendique pas un droit moral sur un bien mais plutôt un droit légal. Selon notre interprétation, un droit moral sur un bien-fonds peut prendre naissance dans le cas où une personne occupe le bien-fonds mais est incapable d'établir le titre possessoire pour la période prescrite par la loi. S'il est acquis que l'art. 3 ne s'applique pas aux faits de la présente instance, nous sommes d'avis qu'une ordonnance de déshérence en ce qui concerne ce bien précis ne peut être rendue avant que les revendications éventuelles de Mme McLeod et de M. Foster ne soient tranchées. Pour le cas où ces derniers s'abstiendraient ou seraient incapables de présenter une preuve convaincante établissant qu'ils sont les héritiers légitimes du dénommé James R. McLeod qui a acquis le bien-fonds portant le NID 15063654, la Couronne serait libre de se présenter de nouveau devant le juge saisi de la requête en vue d'une reprise de l'audition de l'affaire et de solliciter une ordonnance de déshérence relativement à ce bien.

[34] Trois questions ne nous ont pas échappé. Premièrement, la preuve par affidavit produite devant le tribunal d'instance inférieure ne concerne que six des neuf biens-fonds identifiés par un NID. Par conséquent, même si le juge saisi de la requête avait été en droit de s'appuyer sur la preuve par affidavit que les intimés ont présentée, il a commis une erreur en rejetant la requête relativement aux trois biens restants qui ne sont mentionnés ni dans l'un ni dans l'autre des affidavits contestés. De plus, aucun des intimés ne revendique un droit sur le bien de M. Slater (NID 15002348). Deuxièmement, le juge saisi de la requête a effectivement statué que s'il existe des éléments de preuve établissant l'existence d'héritiers possibles, cela est suffisant pour entraîner le rejet de la demande de la Couronne en vue d'obtenir une ordonnance de déshérence. En toute déférence, cela ne saurait être le critère applicable. Troisièmement, bien que la preuve par affidavit des intimés constitue une tentative visant à saper les prétentions de la Couronne,

ces affidavits se trouvent, à vrai dire, à saper également toute revendication de titre que les intimés pourraient essayer de faire valoir conformément à leurs actes de transport par renonciation. Le paradoxe va plus loin. Bien que les intimés admettent qu'ils ne sont pas légalement en mesure de contester la requête de la Couronne, ils ont déposé devant notre Cour des mémoires à l'appui de la décision contestée et ont formulé une argumentation orale. Nous répondons à ces faits contradictoires sans mettre de gants. Pareille inefficacité nous laisse sans souffle. Notre Cour ne saurait comprendre qu'on puisse tenter d'inspirer et d'expirer en même temps.

[35] Lors de l'audition de l'appel devant notre Cour, l'avocat de l'intimée W & R Gillespie Limited a reconnu que bien que sa cliente n'ait pas un titre suffisant pour étayer une revendication de titre en vertu de la *Loi sur la validation des titres de propriété* ou de la *Loi sur l'enregistrement foncier,* L.N.-B. 1981, ch. L-1.1, elle était en droit de faire valoir un droit ou un intérêt sur les biens-fonds en vertu de la doctrine de [TRADUCTION] l'« apparence de titre ». À vrai dire, cet argument n'a pas été invoqué devant le juge saisi de la requête mais il y est fait allusion dans ses motifs de jugement :

> [TRADUCTION] Aucune preuve n'établit que les intimés ont un titre valable en droit. Il semble que les actes de transport par renonciation pourraient avoir été enregistrés pour que les intimés commencent à recevoir des factures d'impôts et pour donner une apparence de titre, de droit et de possession aux biens en question dans l'espoir qu'avec le temps les titres soient renforcés et qu'ils deviennent plus crédibles et, en bout de ligne, prouvables. [par. 7]

[36] L'argument selon lequel les intimés sont en voie d'acquérir un intérêt valable sur les biens-fonds contestés en vertu de la doctrine de l'« apparence de droit » ne peut être passé sous silence pour la raison qui suit. La Couronne cherche aussi à faire déclarer l'ensemble des actes formalistes des intimés touchant les biens en question inopposables à la Couronne ainsi qu'aux cessionnaires et aux acquéreurs futurs de ces biens. Les intimés s'opposent à l'octroi de cette mesure de redressement. Ils prétendent que puisque la question fondamentale que devait trancher le juge saisi de la requête était

celle de savoir si les personnes qui ont eu la possession des biens-fonds en dernier lieu sont décédées intestat et sans héritiers légitimes, la question du titre des intimés sur ces biens-fonds demeure non pertinente. Ils insistent sur le fait que l'obligation du juge saisi de la requête se limitait à statuer sur l'existence d'héritiers possibles. Nous ne souscrivons pas à cette prétention. Comme nous l'avons dit plus tôt dans les présents motifs, le juge saisi de la requête a l'obligation d'effectuer une recherche ou de se renseigner sur l'état du titre de propriété des biens-fonds visés par la demande en vue d'obtenir une ordonnance de déshérence (l'équivalent de l'« enquête »). Cette recherche consiste notamment à déterminer l'identité de la personne qui avait la possession du bien en dernier lieu. S'agit-il du concessionnaire primitif ou de son ayant droit immédiat ou s'agit-il d'un des intimés qui revendique le titre au moyen d'un acte de transport par renonciation ou d'un autre document constatant un transport? Ce serait une perte de temps pour la Couronne et un gaspillage de l'argent des contribuables et des ressources judiciaires si le juge saisi de la requête devait accorder une ordonnance de déshérence alors qu'il sait fort bien que quelqu'un d'autre a acquis le titre grâce, par exemple, à la doctrine de la possession adversative. Sans le jugement déclaratoire qui est sollicité, les intimés vont persister à invoquer la notion erronée voulant que la Couronne n'acquière pas les biens libres des actes de transport par renonciation, chose à laquelle le juge saisi de la requête a fait allusion dans ses motifs.

[37] Si les intimés croient réellement que l'enregistrement d'actes de transport par renonciation se rapportant à des terres inoccupées ou incultes et le paiement d'impôts fonciers, ajouté au passage du temps, sont des choses qui vont éventuellement donner lieu à l'acquisition d'un titre en common law ou d'un titre en equity sur les biens en question, ils se trompent. Si l'on met de côté les questions qui pourraient être soulevées en ce qui concerne la doctrine de la possession adversative relativement à des biens-fonds qui sont visés par la *Loi sur l'enregistrement foncier*, L.N.-B. 1981, nous proposons l'explication suivante en ce qui concerne les raisons pour lesquelles la doctrine de l'« apparence de droit » n'est d'aucun secours aux intimés. (Pour ce qui concerne la pertinence de la doctrine de la possession adversative sous le régime de la *Loi sur l'enregistrement foncier*, voir la décision *McKinney c. Tobias* (2006), 306 R.N.-B. (2e) 282, [2006]

A.N.-B. n° 357 (QL), 2006 NBBR 290, et l'article de Norman Siebrasse, intitulé « *McKinney v. Tobias* 'Now you Own It, Now You Don't' », *Bulletin des avocats* 24:2 (été 2008) 32.)

[38] À part l'achat des terres à la Couronne, la seule façon dont les intimés pourraient un jour revendiquer le titre consisterait à prendre effectivement possession (possession adversative) des biens-fonds auxquels s'appliquent les actes de transport par renonciation pendant la période prescrite par la loi. De plus, les intimés seraient confrontés à la tâche fort difficile qui consisterait à essayer d'établir la possession effective à l'égard de vastes étendues de terre incultes ou inhabitées. L'autre réalité juridique est que la doctrine de l'apparence de droit ne s'applique pas à moins que la personne qui en revendique l'application puisse établir qu'elle a la possession effective d'une partie des terres en question. Ces préceptes fondamentaux nécessitent des explications plus élaborées et on en trouve un examen opportun dans un article bien connu qui a été publié dans la *Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick* il y a plus de cinquante ans : voir l'article de David M. Harley, intitulé « Possessory Title to Wilderness Land » (1958), 11 R.D.U.N.-B. 7.

[39] L'arrêt-clé de la Cour suprême dans l'affaire *Sherren c. Pearson* (1886), 14 R.C.S. 581, [1887] A.C.S. n° 23 (QL), a établi que des actes isolés d'intrusion, aux fins de couper du bois, notamment, sur des terres incultes d'une année à l'autre ne sont pas assimilables à la possession adversative. Par conséquent, la jurisprudence en matière de possession adversative concerne en majeure partie des instances dans lesquelles une personne (le squatteur) a effectivement pris possession des biens-fonds contestés. Dans certains cas, le squatteur revendique également des biens-fonds contigus qui ne sont pas effectivement occupés, par exemple des terres avoisinantes qui demeurent non cultivées. Normalement, par exemple, la récolte de bois sur les terres avoisinantes n'est pas suffisante pour établir une possession adversative du genre de celle qui est requise en droit (publique, effective, exclusive, continue et notoire). Autrement dit, l'occupation d'une partie d'un bien-fonds ne donne pas lieu à la possession de droit de l'ensemble du bien-fonds. Certes, on peut soutenir que s'il y a occupation partielle et que le reste du

bien-fonds est entouré de clôtures, la possession de la partie en question peut être considérée comme la possession de l'ensemble du bien-fonds. Autrement, toutefois, un squatteur ne peut acquérir un titre sur la partie d'un biens-fonds qui n'est pas effectivement occupée. Bref, il est extrêmement difficile à une personne d'établir la possession adversative de terres incultes : *Doe dem. Des Barres c. White* (1842), 3 N.B.R. 595 (C.S.). Cela est vrai même dans les cas où la personne qui revendique le titre de propriété par possession adversative occupe effectivement une partie du bien-fonds en litige. Il faut reconnaître qu'il existe une autre exception à la règle générale. C'est là que la doctrine de l'apparence de droit entre en jeu.

[40] La doctrine de l'apparence de droit tire son origine du droit américain et elle apporte une exception à la règle qui veut que la possession effective d'une partie d'un bien ne soit pas assimilable à la possession de droit de l'ensemble du bien. Toutefois, cette doctrine ne s'applique que dans le cas où le concessionnaire prend effectivement possession d'une partie du bien en vertu d'un titre documentaire qui, <u>sans que le concessionnaire le sache</u>, est défectueux ou invalide. Le caractère exceptionnel de cette règle est expliqué dans l'article de David Harley :

> [TRADUCTION]
> La règle veut que si une personne ayant une apparence de titre peut établir qu'elle a eu la possession effective d'une partie de la terre inculte pendant la période prescrite par la loi – la possession publique, notoire, continue et exclusive – cette possession, en l'absence d'une possession par un tiers, est, en droit, réputée s'appliquer à l'ensemble du bien-fonds décrit dans le titre documentaire défectueux. [p. 14.]

[41] Ainsi, la personne qui, sans le savoir, achète un terrain de cent acres à un concédant qui, en fait, n'avait aucun titre sur ce terrain ou qui était frappé d'incapacité juridique au moment du transfert est fondée à invoquer la doctrine de l'apparence de droit dans le cas où le concessionnaire a la possession effective d'une partie du terrain (un acre, par exemple). Dans ces circonstances, le concessionnaire a le droit de prétendre que la possession effective et adversative de cette partie du bien-fonds doit être réputée

s'appliquer à l'ensemble des cent acres. La décision de principe de la Cour suprême en cette matière concerne une affaire jugée au Nouveau-Brunswick : *Wood c. LeBlanc*, [1904] 34 R.C.S. 627, [1904] A.C.S. n° 22 (QL); voir aussi l'arrêt *Farren c. Pejepscot Paper Company et. al.* (1932), 5 M.P.R. 261 (C.S., Div. d'appel), infirmé pour d'autres motifs à [1933] R.C.S. 388, [1933] A.C.S. n° 34 (QL). On trouve un résumé utile des aspects essentiels de la doctrine de l'apparence de titre dans l'ouvrage de Anger et Honsberger, intitulé *Law of Real Property*, 3e éd. feuillets mobiles (Aurora (Ont. : Canada Law Book, 2008), vol. 2:

> [TRADUCTION]
> La possession fondée sur une apparence de titre qui est nécessaire pour prescrire le titre du véritable propriétaire doit être tout aussi effective, publique, exclusive, continue et notoire que lorsqu'elle n'est pas fondée sur l'apparence de titre, la seule différence étant que la possession réelle d'une partie du bien est étendue, par interprétation, à l'ensemble des terres visées par l'acte de transfert, mais seulement lorsque cette occupation partielle a eu lieu et pendant la durée de cette occupation.
>
> Bien que la possession d'une partie du bien-fonds dont la revendication est fondée sur une apparence de titre constitue la possession de droit de l'ensemble du bien, laquelle peut donner lieu à un titre inattaquable si elle est publique, exclusive et continue pendant toute la période prescrite par la loi, le fait de procéder à la coupe durant des hivers successifs, sans acte de possession pendant le reste de l'année, ne constitue pas une possession continue et il ne s'agit pas d'une possession exclusive si d'autres parties ont coupé du bois sur le bien d'une façon continue ou par intervalles pendant une partie de cette période. [par. 29:60.80]
>
> [C'est nous qui soulignons.]

[42] Il n'y a absolument aucun élément de preuve établissant que les intimés ont eu la possession effective de l'un ou l'autre des biens visés par les actes de transport par renonciation et, pour ce seul motif, la doctrine de l'apparence de titre ne saurait s'appliquer. De plus, même si les intimés avaient pu établir la possession effective d'une partie des biens, il n'y pas une parcelle de preuve établissant que les intimés ou certains

d'entre eux sont des acquéreurs à titre onéreux et sans connaissance préalable du fait qu'ils ont acquis un titre défectueux ou invalide. Une simple recherche de titre de chaque bien aurait révélé que les transports en question étaient le fruit de l'imagination juridique fertile d'une personne. Nous marquons une pause, ici, afin d'attirer l'attention du Barreau sur l'art. 386 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (Enregistrement frauduleux de titre). Les avocats qui apportent leur concours à la préparation ou à la passation d'actes de transport par renonciation dont l'objet ou le but ne sont pas convenablement expliqués ou justifiés pourraient fort bien être accusés de s'être rendus coupables de fabrication de titres fonciers. Aux termes de l'art. 19 du *Code criminel*, l'ignorance de la loi n'est habituellement pas considérée comme une excuse ou une défense légitimes.

[43] Malgré qu'ils aient insisté sur le fait qu'ils n'ont jamais contesté la requête de la Couronne, les intimés n'ont jamais sollicité leur radiation comme parties. De leur propre aveu, ils n'ont pas de prétention valable en droit aux biens décrits dans leurs actes de transport par renonciation. Ils ne peuvent non plus, comme nous l'avons expliqué, faire valoir une quelconque prétention éventuelle fondée sur la doctrine de l'apparence de droit. Pour ces motifs, il y a lieu de rendre un jugement déclaratoire portant que tous et chacun des actes de transport des intimés qui touchent le titre de propriété des biens en question, y compris celui portant le NID 15063654, sont inopposables à la Couronne ainsi qu'à ses cessionnaires subséquents ou aux acquéreurs postérieurs de ces biens. Cela laisse les intimés libres de se poursuivre les uns les autres en ce qui concerne les contrats relatifs à l'achat et à la vente des biens-fonds qui doivent être dévolus de nouveau à la Couronne par suite des ordonnances de déshérence.

VII. Dispositif

[44] Nous sommes d'avis d'accueillir l'appel et d'annuler l'ordonnance portant rejet de la requête de la Couronne. La requête devrait être accueillie. Conformément à l'art. 1 de la *Loi sur les biens en déshérence et les déchéances*, des ordonnances de déshérence devraient être rendues relativement aux biens-fonds portant les NID 15050065, 15050057, 15063662, 15002348, 15001977, 15050040, 01342344 et

15095086. Pour ce qui concerne le NID 15063654, la Couronne conserve le droit de poursuivre sa requête en vue d'obtenir une ordonnance de déshérence conformément aux présents motifs de jugement. La Couronne a également droit à un jugement déclaratoire portant que tous les documents de transport enregistrés relativement au titre, qui ont été établis au nom de l'un ou l'autre des intimés et qui se rapportent à l'un quelconque des biens susmentionnés, sont inopposables à la Couronne ainsi qu'à ses cessionnaires subséquents ou aux acquéreurs postérieurs de ces biens.

[45] La Couronne a droit à deux masses de dépens. Chaque masse se rapporte à la fois à la requête initiale et à l'appel. La première masse est fixée à 5 000 $ et elle est payable conjointement et individuellement par les intimés George W. Matthews, David E. Aiken, Karl Merrill, Coastal Holdings Ltd. et The Great Northern Land & Timber Corporation. La seconde masse est fixée à 5 000 $ et elle est payable par l'intimée W & R Gillespie Limited.