

National Trust Company Appellant

v.

**David Mead, Remai Financial Corp. and
Remai Construction (1981) Inc. Respondents**

INDEXED AS: NATIONAL TRUST CO. v. MEAD

File No.: 21157.

1990: February 23; 1990: August 16.

Present: Lamer C.J.* and Wilson, La Forest,
L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Mortgages — Action on covenant to pay — Individual assuming mortgage from corporation which had waived provincial statutory protection against being sued on covenant to pay — Provincial statute permitting only corporate mortgagors to waive protection — Whether individual assuming mortgage bound by waiver as a successor or assign of original corporate mortgagor — Whether assumption agreement effects a novation — The Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, c. L-16, ss. 2, 40.

The respondent Remai Construction (1981) Inc. ("Remai") granted a mortgage to the appellant National Trust as security for a loan to be applied in the construction of a condominium unit. Remai waived the protection of the Saskatchewan *Limitation of Civil Rights Act*, s. 2(1) of which provides that no action lies on the covenant to pay in a mortgage. Section 2(2)(d) extends this protection to subsequent purchasers who assume such a mortgage. Under s. 40(1) of the same Act agreements purporting to waive the protection of the Act are null and void, but s. 40(2) creates an exception to ss. 2 and 40(1) by permitting corporate mortgagors to waive the protection and provides that such a waiver is binding on the corporation's successors and assigns.

The respondent Mead purchased the condominium unit from Remai and executed an assumption of liability agreement in favour of National Trust which contained a covenant making Mead personally liable on the mort-

National Trust Company Appelante

c.

**David Mead, Remai Financial Corp. et
Remai Construction (1981) Inc. Intimés**

RÉPERTORIÉ: NATIONAL TRUST CO. c. MEAD

N° du greffe: 21157.

b 1990: 23 février; 1990: 16 août.

Présents: Le juge en chef Lamer* et les juges Wilson,
La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et
McLachlin.c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

Hypothèques — Action fondée sur l'engagement personnel de payer — Particulier prenant en charge une hypothèque consentie par une société qui avait renoncé à la protection accordée par une loi provinciale contre toute action fondée sur l'engagement personnel de payer — Loi provinciale ne permettant qu'aux sociétés débitrices hypothécaires de renoncer à cette protection — Le particulier qui prend en charge une hypothèque est-il lié par une renonciation en sa qualité de successeur ou de cessionnaire de la société qui était la débitrice hypothécaire originaire? — La convention de prise en charge opère-t-elle une novation? — The Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, ch. L-16, art. 2, 40.

L'intimée Remai Construction (1981) Inc. («Remai») a consenti à l'appelante National Trust une hypothèque en garantie d'un prêt devant être affecté à la construction d'une unité en copropriété. Remai a renoncé à la protection de *The Limitation of Civil Rights Act* de la Saskatchewan, dont le par. 2(1) dispose que l'engagement personnel de payer contenu dans un acte constitutif d'hypothèque ne donne lieu à aucun droit d'action. L'alinéa 2(2)d) étend cette protection aux acheteurs subséquents qui prennent en charge une telle hypothèque. Aux termes du par. 40(1), est nul et non avenu tout accord par lequel on prétend renoncer à la protection de la Loi, mais le par. 40(2) crée une exception à l'art. 2 et au par. 40(1) en permettant aux sociétés débitrices hypothécaires de renoncer à cette protection et prévoit qu'une telle renonciation lie leurs successeurs et cessionnaires.

L'intimé Mead a acheté l'unité en copropriété à Remai et a signé au profit de National Trust une convention d'acceptation de responsabilité contenant une clause rendant Mead personnellement responsable du

* Chief Justice at the time of judgment.

* Juge en chef à la date du jugement.

gage. The mortgage fell into arrears and National Trust brought an action against Remai and Mead for the full amount of the principal and interest owing. The action against Remai was later discontinued. The chambers judge granted an order *nisi* for sale of the property but refused to order personal judgment for the deficiency against Mead. The Court of Appeal dismissed National Trust's appeal.

The issues in this appeal are (1) whether the general protection extended to individuals under s. 2(1) prevails over the exception contained in s. 40(2) for corporations and their successors or assigns; (2) whether the particular wording of the assumption agreement releases Mead from liability on the personal covenant; and (3) whether the assumption agreement effects a novation.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.: Remai's exercise of its waiver under s. 40(2) of *The Limitation of Civil Rights Act* is not binding on Mead. Any exception to the principle in s. 2 that individual mortgagors be insulated from personal liability should be construed as narrowly as possible. The meaning of "successor" in s. 40(2) should be restricted to other corporations since the application of the s. 40(2) exception to "successors" was only intended to ensure liability on the personal covenant of a corporation which steps into the shoes of the original corporate mortgagor. While "assigns" would prima facie include individual assigns of corporate mortgagors, the purpose of this exception is to protect mortgagees who extend mortgages to corporations on condition that the latter provide a personal covenant and who then find that the corporation has unilaterally (and without the mortgagee's consent) assigned the mortgage to an individual on whom the personal covenant would not otherwise be binding under the Act. It is these "assigns" who must be bound by the personal covenant of the original corporate mortgagor if the mortgagee is to have the protection contemplated by s. 40(2). In this case the concern about the mortgagee's rights being unfairly defeated does not arise since National Trust freely entered into an assumption agreement with Mead. The fact that Mead assumed the mortgage by way of assumption agreement with National Trust means that

paiement de l'hypothèque. L'hypothèque est tombée en retard de paiement et National Trust a intenté contre Remai et Mead une action en paiement du montant intégral du capital et de l'intérêt dus. National Trust s'est par la suite désistée de l'action contre Remai. Le juge en chambre a rendu une ordonnance conditionnelle de vente du bien-fonds, mais a refusé d'accorder contre Mead un jugement personnel pour couvrir l'insuffisance. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par National Trust.

Le pourvoi soulève les questions de savoir (1) si la protection générale accordée aux particuliers aux termes du par. 2(1) l'emporte sur l'exception énoncée au par. 40(2) à l'égard des sociétés, de leurs successeurs et de leurs cessionnaires; (2) si le libellé particulier de la convention de prise en charge dégage Mead de toute responsabilité fondée sur l'engagement personnel; et (3) si la convention de prise en charge opère une novation.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory: La renonciation faite par Remai en vertu du par. 40(2) de *The Limitation of Civil Rights Act* ne lie pas Mead. Toute exception au principe, posé par l'art. 2, que les particuliers débiteurs hypothécaires soient mis à l'abri de la responsabilité personnelle doit recevoir l'interprétation la plus restrictive possible. Le sens du terme «successeur» au par. 40(2) doit se limiter à d'autres sociétés, puisque l'application de l'exception prévue au par. 40(2) aux «successeurs» a pour seul objet d'assurer la responsabilité fondée sur l'engagement personnel d'une société qui prend la place de la société qui était la débitrice hypothécaire originaire. Bien que le mot «cessionnaires» comprenne à première vue les particuliers cessionnaires de sociétés débitrices hypothécaires, cette exception a pour objet la protection de créanciers hypothécaires qui consentent des hypothèques à des sociétés à condition que celles-ci s'engagent personnellement à payer, et qui découvrent par la suite que la société a unilatéralement (et sans le consentement du créancier hypothécaire) cédé l'hypothèque à un particulier qui, autrement, ne serait pas lié par l'engagement personnel aux termes de la Loi. Ce sont ces «cessionnaires» qui doivent être liés par l'engagement personnel de la société qui était la débitrice hypothécaire originaire si le créancier hypothécaire doit bénéficier de la protection envisagée par le par. 40(2). En l'espèce, le problème de l'anéantissement injuste des droits du créancier hypothécaire ne se pose pas étant donné que National Trust a librement conclu avec Mead une convention de prise en charge. Le fait que Mead a pris l'hypothèque en charge au moyen d'une convention de prise en charge intervenue avec National

he is entitled to the protection of s. 2(2)(d) of the Act, which is not subject to the waiver exception under s. 40(2).

The personal covenant set out in the assumption agreement is unenforceable against Mead. The wording of the agreement, in conjunction with the Act, is clearly capable of being construed as releasing Mead from any obligation to pay under the covenant. The agreement provides that Mead will be bound by all the terms of the mortgage "as though it had been originally made, executed and delivered to him as Mortgagor", in which case s. 2 would have applied, no exception under s. 40(2) would have been available, and the personal covenant would have been unenforceable pursuant to s. 40(1).

The assumption agreement did not effect a novation. The clause in the agreement stating that National Trust may at any time release the original mortgagor cannot be construed as a present release of Remai such as would be necessary to replace Remai with Mead as principal debtor. This conclusion is strengthened when the terms of the original mortgage are taken into consideration: the "no prejudice" clause confirms that there was no intention on the part of National Trust to release Remai. Taken together, these provisions are a strong indication that Mead's assumption of the debt was not accepted by National Trust in full consideration and substitution of Remai's obligation. The conduct of the parties does not negate that indication. National Trust's action in discontinuing its suit against Remai is equivocal, and cannot be construed as supporting an inference that the trust company was no longer looking to Remai for satisfaction of the debt. Discontinuance does not preclude a litigant from bringing the action at a later date, and thus does not constitute the kind of compelling circumstance necessary to found a novation.

Per McLachlin J.: Wilson J.'s conclusions and reasons were agreed with, subject to the comment that ss. 2(2)(d) and 40(2) of the Act involve a facial conflict which should be resolved by recourse to legislative intention.

Cases Cited

By Wilson J.

Considered: *Canada Permanent Trust Co. v. Neumann* (1986), 8 B.C.L.R. (2d) 318; *Re Bank of Nova Scotia and Vancouver Island Renovating Inc.* (1986), 31 D.L.R. (4th) 560; *Prospect Mortgage Investment*

Trust lui donne droit à la protection de l'al. 2(2)d) de la Loi, lequel n'est pas assujéti à l'exception que constitue la renonciation prévue au par. 40(2).

On ne peut se prévaloir contre Mead de l'engagement personnel contenu dans la convention de prise en charge. Le libellé de la convention, combiné avec la Loi, admet manifestement une interprétation qui dégage Mead de toute obligation de payer fondée sur l'engagement personnel. La convention prévoit que Mead est lié par la totalité des conditions de l'hypothèque, «comme si c'était lui qui l'avait consentie et qui avait signé l'acte constitutif», auquel cas l'art. 2 se serait appliqué, aucune exception fondée sur le par. 40(2) n'aurait pu être invoquée et, suivant le par. 40(1), l'engagement personnel aurait été de nul effet.

La convention de prise en charge n'opère pas de novation. La clause de la convention stipulant que National Trust pouvait à n'importe quel moment déga- ger le débiteur hypothécaire originaire de ses engagements ne saurait s'interpréter comme le genre de décharge actuelle de Remai qui serait nécessaire pour que Mead soit substitué à Remai en tant que débiteur principal. Cette conclusion est renforcée quand on prend en considération les conditions de l'hypothèque primitive: la clause «de réserve de droits» confirme l'absence d'intention de la part de National Trust de déga- ger Remai de sa responsabilité. Prises ensemble, ces dispositions constituent une forte indication que National Trust n'a pas accepté la prise en charge de la dette par Mead en plein acquittement et en pleine substitution de l'obligation de Remai. La conduite des parties ne neutralise pas cette indication. Le fait que National Trust se soit désistée de son action contre Remai est équivoque et ne peut s'interpréter comme soutenant l'inférence selon laquelle la société de fiducie ne comptait plus sur Remai pour le paiement de la dette. Le désistement n'empêche pas une partie d'intenter l'action à une date ultérieure et, par conséquent, ne constitue pas le genre de circonstance déterminante qui est nécessaire pour fonder une novation.

Le juge McLachlin: Le juge McLachlin souscrit aux conclusions et aux motifs du juge Wilson, sous réserve de l'observation que l'al. 2(2)d) et le par. 40(2) de la Loi sont en conflit apparent et qu'on doit résoudre ce conflit en ayant recours à l'intention du législateur.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêts examinés: *Canada Permanent Trust Co. v. Neumann* (1986), 8 B.C.L.R. (2d) 318; *Re Bank of Nova Scotia and Vancouver Island Renovating Inc.* (1986), 31 D.L.R. (4th) 560; *Prospect Mortgage Invest-*

Corp. v. Van-5 Developments Ltd. (1985), 68 B.C.L.R. 12; **disapproved:** *Eaton Bay Trust Co. v. Ling* (1987), 45 D.L.R. (4th) 1; **referred to:** *Herold v. British American Oil Co.* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 333; *First City Trust Co. v. Friesen* (1985), 38 Sask. R. 220; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Grover*, [1987] 2 W.W.R. 766; *Potash v. Royal Trust Co.*, [1986] 2 S.C.R. 351; *Disney Farms Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1984] 5 W.W.R. 285; *Polson v. Wulffsohn* (1890), 2 B.C.R. 39; *Central & Eastern Trust Co. v. Rosebowl Holdings Ltd.* (1981), 34 N.B.R. (2d) 308; *Central Trust Co. v. Bartlett* (1983), 30 R.P.R. 267; *Saskatchewan Trust v. Ross* (1985), 41 Sask. R. 121.

Statutes and Regulations Cited

Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, c. L-16, ss. 2 [am. 1983-84, c. 44, s. 2], 40.

Queen's Bench Rules of Saskatchewan, rule 198(4).

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1988), 70 Sask. R. 11, [1988] 5 W.W.R. 365, 52 D.L.R. (4th) 159, affirming the refusal of Wright J. to order a personal judgment against the respondent in a mortgage action. Appeal dismissed.

W. G. Turnbull, for the appellant.

Dale A. Canham, for the respondents.

The judgment of Lamer C.J. and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

WILSON J.—The issue in this case is the right of a mortgagee in the province of Saskatchewan to sue on the personal covenant. The parties contend that resolution of this issue depends upon the interpretation of the relevant statute, the construction of an assumption agreement, and the application of the principle of novation.

1. The Facts

The respondent Remai Construction (1981) Inc. ("Remai") granted a mortgage in the amount of \$40,725 to the appellant National Trust Company ("National Trust") on June 28, 1984 as security for a loan to be applied in the construction of a condominium unit in Saskatoon. *The Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, c. L-16 ("the Act"), provides that a mortgagee's right to recover

ment Corp. v. Van-5 Developments Ltd. (1985), 68 B.C.L.R. 12; **arrêt critiqué:** *Eaton Bay Trust Co. v. Ling* (1987), 45 D.L.R. (4th) 1; **arrêts mentionnés:** *Herold v. British American Oil Co.* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 333; *First City Trust Co. v. Friesen* (1985), 38 Sask. R. 220; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Grover*, [1987] 2 W.W.R. 766; *Potash c. Royal Trust Co.*, [1986] 2 R.C.S. 351; *Disney Farms Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1984] 5 W.W.R. 285; *Polson v. Wulffsohn* (1890), 2 B.C.R. 39; *Central & Eastern Trust Co. v. Rosebowl Holdings Ltd.* (1981), 34 N.B.R. (2d) 308; *Central Trust Co. v. Bartlett* (1983), 30 R.P.R. 267; *Saskatchewan Trust v. Ross* (1985), 41 Sask. R. 121.

Lois et règlements cités

Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, ch. L-16, art. 2 [mod. 1983-84, ch. 44, art. 2], 40.

Queen's Bench Rules of Saskatchewan, règle 198(4).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1988), 70 Sask. R. 11, [1988] 5 W.W.R. 365, 52 D.L.R. (4th) 159, confirmant le refus du juge Wright de rendre un jugement personnel contre l'intimé dans une action hypothécaire. Pourvoi rejeté.

W. G. Turnbull, pour l'appelante.

Dale A. Canham, pour les intimés.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE WILSON—Le litige vise le droit d'un créancier hypothécaire dans la province de la Saskatchewan d'intenter une action fondée sur l'engagement personnel de payer. Les parties soutiennent que c'est là une question dont la résolution dépend de l'interprétation de la loi applicable, de l'interprétation d'une convention de prise en charge et de l'application du principe de la novation.

1. Les faits

L'intimée Remai Construction (1981) Inc. («Remai») a consenti à l'appelante National Trust Company («National Trust») le 28 juin 1984 une hypothèque de 40 725 \$ en garantie d'un prêt devant être affecté à la construction d'une unité en copropriété à Saskatoon. Aux termes de *The Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, ch. L-16 («la Loi»), le droit d'un créancier hypothé-

the unpaid balance due on a mortgage is restricted to the land itself. Any personal covenant is void and unenforceable. The Act, however, permits corporate mortgagors to waive the protection provided by the Act and Remai did so in the present case.

On August 28, 1984, the respondent David Mead ("Mead") purchased the condominium unit from Remai and executed an Assumption of Liability Agreement ("Assumption Agreement") in favour of National Trust. The Assumption Agreement contained a covenant making Mead personally liable on the mortgage.

On October 1, 1986, the mortgage fell into arrears and two months later National Trust commenced an action against Remai and Mead jointly and severally for *inter alia* the full amount of the principal and interest owing. In its statement of defence, Remai alleged that the Assumption Agreement released it from its covenant to pay or alternatively constituted a novation which had the effect of discharging it from any further liability on the covenant. The action against Remai was discontinued.

Mead entered no statement of defence. National Trust then applied for an order *nisi* for sale and for personal judgment against Mead. Wright J. in chambers refused to order personal judgment for the deficiency but granted an order *nisi* for sale without recorded reasons. The Saskatchewan Court of Appeal dismissed National Trust's appeal. National Trust now appeals to this Court.

2. The Legislation

The Limitation of Civil Rights Act provides:

2(1) Where land is hereafter sold under an agreement for sale in writing, or mortgaged whether by legal or equitable mortgage for the purpose of securing the purchase price or part of the purchase price of the land affected, or where a mortgage is hereafter given as collateral security for the purchase price or part of the purchase price of land, the vendor's or mortgagee's right

caire de recouvrer le solde impayé d'un prêt hypothécaire se limite au bien-fonds lui-même. Tout engagement personnel de payer est nul et sans effet. La Loi permet toutefois aux sociétés débitrices hypothécaires de renoncer à la protection qu'elle accorde, ce qu'a fait Remai en l'espèce.

Le 28 août 1984, l'intimé David Mead («Mead») a acheté l'unité en copropriété à Remai et a signé au profit de National Trust une convention d'acceptation de responsabilité («convention de prise en charge»). Cette convention contenait une clause rendant Mead personnellement responsable du paiement de l'hypothèque.

Le 1^{er} octobre 1986, l'hypothèque est tombée en retard de paiement et, deux mois plus tard, National Trust a intenté contre Remai et Mead conjointement et solidairement une action visant notamment à l'obtention du paiement du montant intégral du capital et de l'intérêt dus. Dans sa défense, Remai alléguait que la convention de prise en charge la déliait de son engagement de payer ou, subsidiairement, qu'elle constituait une novation ayant pour effet de la libérer de toute autre obligation fondée sur son engagement personnel. National Trust s'est désistée de l'action contre Remai.

Mead n'a pas produit de défense. National Trust de son côté a présenté une demande visant à obtenir une ordonnance conditionnelle de vente et un jugement personnel contre Mead. Le juge Wright, siégeant en chambre, a refusé d'accorder un jugement personnel pour couvrir l'insuffisance, mais il a rendu une ordonnance conditionnelle de vente sans motifs consignés. La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel interjeté par National Trust et celle-ci se pourvoit maintenant devant notre Cour.

2. Les textes législatifs

The Limitation of Civil Rights Act dispose:

[TRADUCTION] 2(1) Lorsqu'un bien-fonds se vend en exécution d'un contrat de vente écrit ou qu'il est grevé d'une hypothèque, en common law ou en *equity*, aux fins de garantir la totalité ou une partie du prix d'achat dudit bien-fonds, ou lorsqu'une hypothèque est consentie à titre de garantie accessoire de la totalité ou d'une partie du prix d'achat d'un bien-fonds, le droit du

to recover the unpaid balance due shall be restricted to the land sold or mortgaged and to cancellation of the agreement for sale or foreclosure of the mortgage or sale of the property, and no action shall lie on the covenant for payment contained in the agreement for sale or mortgage.

(1.1) The benefit of subsection (1) extends to and includes a mortgage that secures, or is given as collateral security for, the purchase price or part of the purchase price of the land, whether or not the mortgagee was the vendor of that land.

(2) The benefit of subsections (1) and (1.1) extends to and includes:

- (a) the personal covenant of the purchaser contained in any assignment by the vendor of such an agreement for sale;
- (b) the personal covenant of the assignee contained in any assignment by the purchaser of such an agreement for sale;
- (c) the personal covenant of the mortgagor contained in an agreement extending any such mortgage;
- (d) the personal covenant of a purchaser of lands subject to any such mortgage, to assume and pay the mortgage;

and no action lies on any such personal covenant.

40(1) Subject to subsection (2), every agreement or bargain, verbal or written, express or implied, that this Act or any provision thereof shall not apply or that any benefit or remedy provided by it shall not be available, or which in any way limits, modifies or abrogates or in effect limits, modifies or abrogates any such benefit or remedy, is null, void and of no effect, and moneys paid under or by reason of any such agreement or bargain are recoverable in any court of competent jurisdiction.

(2) A corporate body may in writing agree that this Act or any provision thereof shall have no application to:

- (a) any mortgage, charge or other security for the payment of money made, given or created by it after March 25, 1959;
- (b) any agreement or instrument entered into by it after March 25, 1959, involving the payment by it of money, or its liability to pay money;

vendeur ou du créancier hypothécaire de recouvrer le solde impayé devenu exigible ne porte que sur le bien-fonds vendu ou hypothéqué et ne permet que l'annulation du contrat d'achat, ou la forclusion ou la vente du bien-fonds. L'engagement de payer contenu dans le contrat de vente ou dans l'acte constitutif d'hypothèque ne donne lieu à aucun droit d'action.

(1.1) Le paragraphe (1) s'applique également à une hypothèque qui garantit, ou qui garantit accessoirement, la totalité ou une partie du prix d'achat du bien-fonds, que le créancier hypothécaire ait été ou non le vendeur de ce bien-fonds.

(2) Les paragraphes (1) et (1.1) s'appliquent également:

- a) à l'engagement personnel pris par l'acheteur lors de la cession, faite par le vendeur, d'un tel contrat de vente;
- b) à l'engagement personnel pris par le cessionnaire lors d'une cession, faite par l'acheteur, d'un tel contrat de vente;
- c) à l'engagement personnel du débiteur hypothécaire contenu dans un accord reportant l'échéance d'une telle hypothèque;
- d) à l'engagement personnel de l'acquéreur de biens-fonds grevés d'une telle hypothèque de prendre en charge et de payer cette hypothèque.

Ces engagements personnels ne donnent lieu à aucun droit d'action.

40(1) Sous réserve du paragraphe (2), est nul, non avenü et inopérant tout accord ou entente, écrit ou oral, exprès ou implicite, qui stipule l'inapplicabilité de la présente loi ou de quelqu'une de ses dispositions ou l'exclusion de tout avantage ou redressement y prévu, ou qui de quelque manière limite, modifie ou supprime un tel avantage ou redressement, ou qui a un tel effet. Toute somme versée en vertu ou en raison d'un tel accord ou entente est recouvrable devant un tribunal compétent.

(2) Une personne morale peut convenir par écrit de l'inapplicabilité de la présente loi ou de quelqu'une de ses dispositions:

- a) à une hypothèque, charge ou autre garantie qui est destinée à assurer le paiement d'une somme d'argent et qu'elle a consentie, accordée ou créée postérieurement au 25 mars 1959;
- b) à une entente ou à un acte, signé par elle postérieurement au 25 mars 1959, qui prévoit le paiement d'une somme d'argent par elle ou qui la rend responsable du paiement d'une telle somme;

(c) any agreement or instrument renewing or extending or collateral to any such mortgage, charge, other security, agreement or instrument; or

(d) the rights, powers or remedies [*sic*] of any other person under any such mortgage, charge, other security, agreement or instrument;

and, notwithstanding anything in this Act, an agreement made by a corporate body under this subsection shall be binding upon the corporate body, its successors and assigns.

3. The Assumption Agreement

The relevant parts of the Assumption Agreement between National Trust (the Mortgagee) and Mead (the Purchaser) read as follows:

WHEREAS by a mortgage dated the 28th day of June, 1984 . . .

AND WHEREAS the Purchaser represents to the Mortgagee that he has purchased the said lands and premises and is now the owner thereof subject to the said mortgage.

AND WHEREAS the Purchaser has agreed to assume and covenant with the Mortgagee to pay to the Mortgagee the mortgage indebtedness now owing under the said mortgage.

NOW THIS INDENTURE WITNESSETH that in consideration of the premises and the sum of One Dollar (\$1.00) now paid by the Mortgagee to the Purchaser, it is hereby agreed as follows:

1. The Purchaser covenants and agrees with the Mortgagee, that he will pay to it the said principal money now owing, and all monies that may be advanced hereafter with respect to the said mortgage, together with interest thereon, and that he will perform each and all of the covenants, conditions, and obligations in the said mortgage contained to be performed by the Mortgagor therein at the times and in the manner and in all respects as therein provided, and that he will be bound by each and all of the terms and covenants, conditions and obligations of the said mortgage as though it had been originally made, executed and delivered by him as Mortgagor.

AND THE PURCHASER HEREBY AUTHORIZES AND INSTRUCTS THE MORTGAGEE TO PAY TO THE MORTGAGOR NAMED IN THE SAID MORTGAGE OR TO HIS NOMINEE, THE

c) à une entente ou à un acte qui renouvelle ou proroge une telle hypothèque, une telle charge, une telle autre garantie, un tel accord ou un tel acte, ou qui leur est accessoire; ou

d) aux droits, pouvoirs ou recours pouvant être exercés par une autre personne en vertu d'une telle hypothèque, d'une telle charge, d'une telle autre garantie, d'une telle entente ou d'un tel acte.

De plus, indépendamment des termes de la présente loi, une entente conclue par une personne morale en vertu du présent paragraphe lie cette personne morale, ses successeurs et ses cessionnaires.

3. La convention de prise en charge

Les parties pertinentes de la convention de prise en charge intervenue entre National Trust (la créancière hypothécaire) et Mead (l'acheteur) portent:

[TRANSDUCTION] **CONSIDÉRANT** que par hypothèque en date du 28 juin 1984 [. . .]

ET CONSIDÉRANT que l'acheteur déclare à la créancière hypothécaire s'être porté acquéreur des terres et des locaux en question et être actuellement propriétaire de ceux-ci, sous réserve de ladite hypothèque.

ET CONSIDÉRANT que l'acheteur s'engage envers la créancière hypothécaire à prendre en charge la dette hypothécaire existant en vertu de ladite hypothèque et à lui rembourser le montant de cette dette.

LE PRÉSENT ACTE CONSTATE qu'en contrepartie du bien-fonds et de la somme d'un dollar (1 \$) versée maintenant par la créancière hypothécaire à l'acheteur, les parties conviennent de ce qui suit:

1. L'acheteur s'engage envers la créancière hypothécaire à lui payer ledit montant du capital encore impayé et toutes sommes avancées en vertu de ladite hypothèque, ainsi que les intérêts courus. Il convient de remplir intégralement, aux époques et de la manière prescrites dans l'acte constitutif d'hypothèque et en parfaite conformité avec celui-ci, les engagements, les conditions et les obligations qui, aux termes dudit acte, incombent au débiteur hypothécaire. En outre, il se reconnaît lié par la totalité des modalités, engagements, conditions et obligations que comporte ladite hypothèque comme si c'était lui qui l'avait consentie et qui avait signé l'acte constitutif.

ET L'ACHETEUR AUTORISE PAR LES PRÉSENTES LA CRÉANCIÈRE HYPOTHÉCAIRE À PAYER AU DÉBITEUR HYPOTHÉCAIRE NOMMÉ DANS L'ACTE CONSTITUTIF D'HYPOT-

FULL PROCEEDS OF THE LOAN THEREBY SECURED.

This Agreement shall extend to and bind and may be taken advantage of by the respective heirs, executors, administrators, successors and assigns as the case may be of each and every party hereto . . . all covenants shall be joint and several; time shall be of the essence hereof; and all provisions hereof shall have effect notwithstanding any statute to the contrary.

4. The Courts Below

As mentioned, Wright J. hearing the case in chambers gave no recorded reasons for his order *nisi*.

Writing for the Saskatchewan Court of Appeal (1988), 70 Sask. R. 11, Cameron J.A. encapsulates the statutory scheme as follows at p. 12:

Ordinarily, a person who borrows money from another for the purpose of buying land and gives that other a mortgage upon the land to secure repayment of the loan, can have the land taken from him on foreclosure, if he defaults, but cannot be sued on his covenant to pay: **The Limitation of Civil Rights Act**, S.S. 1979, c. L-6, s. 2. That is subject, however, to an exception. A corporate borrower is empowered to agree when granting a mortgage that the statute will not apply to that mortgage: s. 40(2). And, according to the **Act**, an agreement or waiver of that sort binds both the corporation and its "successors and assigns".

After a review of the facts Cameron J.A. sought guidance from previous authority on the question whether a mortgagee is limited to its remedy against the land when an individual assumes a mortgage from a corporation which has waived the statutory protection of s. 2. He found the jurisprudence inconsistent on this point, noting that a great deal seemed to depend on the terms of the particular assumption agreement and whether it could be said to give rise to a novation.

THÈQUE OU À LA PERSONNE PAR LUI DÉSIGNÉE LA TOTALITÉ DU PRODUIT DU PRÊT GARANTI PAR L'HYPOTHÈQUE ET LUI DEMANDE DE LE FAIRE.

a La présente convention vise et lie les héritiers, les exécuteurs, les administrateurs, les successeurs et les cessionnaires respectifs, selon le cas, de chacune des parties aux présentes, et leur profite, [. . .]; tout engagement est pris conjointement et solidairement; les délais b fixés par les présentes sont de rigueur; et toutes les stipulations des présentes s'appliquent indépendamment de toute disposition législative contraire.

4. Les juridictions inférieures

c Comme je l'ai déjà mentionné, les motifs de l'ordonnance conditionnelle du juge Wright, qui a entendu la cause en cabinet, n'ont pas été consignés.

d Écrivant au nom de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1988), 70 Sask. R. 11, le juge Cameron résume ainsi le régime établi par la Loi, à la p. 12:

[TRADUCTION] D'ordinaire, une personne qui emprunte de l'argent à une autre afin de se porter acquéreur d'un bien-fonds et qui consent au prêteur en garantie du remboursement du prêt une hypothèque grevant ledit bien-fonds peut se voir enlever celui-ci pour cause de forclusion si elle se trouve en défaut, mais elle ne peut faire l'objet de poursuites fondées sur son engagement de payer: **The Limitation of Civil Rights Act**, S.S. 1979, ch. L-6, art. 2. Cette règle souffre toutefois e une exception. En effet, il est loisible à une société emprunteuse qui consent une hypothèque de convenir que la Loi ne s'y applique pas: par. 40(2). Et, aux termes de la Loi, un accord ou une renonciation de ce genre lie à la fois la société et ses «successeurs et [. . .] g cessionnaires».

Ayant passé en revue les faits, le juge Cameron a cherché dans la jurisprudence la réponse à la h question de savoir si un créancier hypothécaire est limité à l'exercice de son recours contre le bien-fonds dans un cas où une personne prend en charge une hypothèque consentie par une société qui a renoncé à la protection accordée par l'art. 2 de la Loi. Le juge Cameron a constaté que la jurisprudence se contredisait sur ce point et a fait remarquer que les termes de la convention de prise en charge en litige ainsi que la réponse donnée à la j question de savoir si cette convention pouvait être considérée comme opérant une novation semblaient y jouer un rôle important.

He then considered the particular wording of the Assumption Agreement before him, especially the undertaking of Mead to perform all the covenants in the mortgage "as though it had been originally made, executed and delivered by him as Mortgagor". At pages 16-17, he found these words virtually dispositive of the matter before him:

The meaning of these words is clear. And if taken literally, so too is their effect. Had Mr. Mead been the original mortgagor he would have been entitled to the benefit of s. 2 of the Act, and would have been disabled by s. 40 from agreeing otherwise. Thus the effect of the words is to extend to him the benefit of the statute and, in turn, to limit National Trust to its remedy against the land. Even if this were uncertain, the result would not change, because the agreement falls to be construed *contra proferentem*—against the one who drew it and in favour of the one who made it. Hence the words have to be given the meaning most favourable to Mr. Mead.

The Saskatchewan Court of Appeal also based its decision on a finding that novation had occurred in the form of a substitution of Mead for Remai as mortgagor. Cameron J.A. drew the four elements necessary to establish a novation from *Herold v. British American Oil Co.* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 333 (Alta. S.C.) and *Canada Permanent Trust Co. v. Neumann* (1986), 8 B.C.L.R. (2d) 318 (C.A.) as follows:

- (i) The new debtor must assume the complete liability.
- (ii) The creditor must accept the new debtor as a principal debtor and not as an agent or guarantor.
- (iii) The creditor must accept the new contract in full satisfaction and substitution for the old contract.
- (iv) The new contract must be made with the consent of the old debtor.

In this case Mead expressly assumed in clause 1 of the Assumption Agreement the complete liability under the mortgage. National Trust accepted him as principal debtor and gave valuable consideration. Mead undertook to repay the loan and agreed in clause 2 of the Agreement that if Na-

Il a examiné ensuite le libellé particulier de la convention de prise en charge dont il était question, et spécialement la promesse de Mead de s'acquitter de tous les engagements que comportait l'hypothèque «comme si c'était lui qui l'avait consentie et qui avait signé l'acte constitutif». Aux pages 16 et 17, il conclut qu'il n'en fallait guère davantage pour régler la question dont il se trouvait saisi:

[TRANSDUCTION] Le sens de ces mots est clair. Et si on les prend littéralement, tel est également leur effet. Si M. Mead avait été le débiteur hypothécaire originaire, il aurait eu droit au bénéfice de l'art. 2 de la Loi, et l'art. 40 serait venu l'empêcher d'en convenir autrement. Aussi les mots en question ont-ils pour effet de le faire bénéficier de la loi et, par le fait même, de limiter National Trust à l'exercice de son recours contre le bien-fonds. Même s'il planait quelque doute à ce sujet, le résultat serait identique puisque la convention est à interpréter *contra proferentem*, c'est-à-dire au détriment de la partie qui l'a rédigée et au profit de l'autre partie. D'où il s'ensuit qu'il faut donner aux mots en cause le sens le plus favorable à M. Mead.

La Cour d'appel de la Saskatchewan a fondé son arrêt en outre sur la conclusion qu'il y avait eu novation sous la forme de la substitution de Mead à Remai en tant que débiteur hypothécaire. Le juge Cameron a tiré des décisions *Herold v. British American Oil Co.* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 333 (C.S. Alb.) et *Canada Permanent Trust Co. v. Neumann* (1986), 8 B.C.L.R. (2d) 318 (C.A.), les quatre éléments nécessaires pour qu'il y ait novation:

- (i) Le nouveau débiteur doit assumer totalement la responsabilité.
- (ii) Le créancier doit accepter le nouveau débiteur comme débiteur principal et non pas en qualité de mandataire ou de garant.
- (iii) Le créancier doit accepter le nouveau contrat en pleine satisfaction et substitution de l'ancien contrat.
- (iv) Le nouveau contrat doit être conclu avec le consentement de l'ancien débiteur.

En l'espèce, Mead a assumé expressément dans la clause première de la convention de prise en charge la pleine responsabilité de l'hypothèque. National Trust l'a accepté à titre de débiteur principal et a donné une contrepartie de valeur. Mead s'est engagé à rembourser le prêt et a con-

tional Trust released Remai "from any or all of the covenants" contained in the mortgage, this would not affect his (Mead's) liability or National Trust's charge on the land. As between National Trust and Remai the Court of Appeal concluded that National Trust had discharged Remai. It premised this finding on National Trust's discontinuance of its action against Remai. The Court of Appeal also found that National Trust accepted the new arrangement in satisfaction of and in substitution for the old one based on the combination of the Assumption Agreement and National Trust's conduct in relation to Remai. Finally, Remai consented to the substitution of Mead as the new debtor. The court was therefore satisfied that the Assumption Agreement effected a novation and that the chambers judge was right in confining National Trust to its remedy against the land under s. 2(1) of the Act.

5. The Issues

The issues raised by this appeal are as follows:

- A. Does the general protection extended to individuals under s. 2(1) of the Act prevail over the exception contained in s. 40(2) for corporations and their successors or assigns?
- B. Does the particular wording of the Assumption Agreement release Mead from liability on the personal covenant?
- C. Does the assumption agreement effect a novation?

6. Analysis

A. *Statutory Interpretation*

Section 2 of the Act provides that when land is mortgaged for purposes of securing the purchase price of land, the mortgagee's recovery rights are restricted to foreclosure and sale of the mortgaged land. No action on the personal covenant lies against the mortgagor for any deficiency. Section 2(2)(d) extends that protection to subsequent purchasers by sweeping within its ambit "the personal

venu à la clause 2 de la convention que si National Trust déliait Remai [TRANSCRIPTION] «de l'un ou de l'ensemble des engagements» énoncés dans l'acte constitutif d'hypothèque, cela ne changerait rien à sa responsabilité (celle de Mead) ni à la charge de National Trust grevant le bien-fonds. En ce qui concerne les rapports entre National Trust et Remai, la Cour d'appel a conclu que cette dernière avait été dégagée de sa responsabilité par National Trust. Cette conclusion reposait sur le fait que National Trust s'était désistée de son action contre Remai. Se fondant sur la convention de prise en charge ainsi que sur la conduite de National Trust envers Remai, la Cour d'appel a conclu en outre que National Trust avait accepté le nouvel accord en satisfaction et en substitution de l'ancien. Finalement, Remai a donné son consentement à la substitution de Mead en tant que nouveau débiteur. La cour a été en conséquence convaincue que la convention de prise en charge opérait une novation et que c'est avec raison que le juge siégeant en cabinet avait limité National Trust à l'exercice de son recours contre le bien-fonds conformément au par. 2(1) de la Loi.

5. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève les questions suivantes:

- A. La protection générale accordée aux particuliers aux termes du par. 2(1) de la Loi l'emporte-t-elle sur l'exception énoncée au par. 40(2) à l'égard des sociétés, de leurs successeurs et de leurs cessionnaires?
- B. Le libellé particulier de la convention de prise en charge dégage-t-il Mead de toute responsabilité fondée sur l'engagement personnel?
- C. La convention de prise en charge opère-t-elle une novation?

6. Analyse

A. *L'interprétation des dispositions législatives*

L'article 2 de la Loi porte que quand une hypothèque est consentie sur un bien-fonds afin de garantir le prix d'achat de celui-ci, les droits de recouvrement du créancier hypothécaire se limitent à la forclusion et à la vente du bien-fonds grevé. Aucune action fondée sur l'engagement personnel ne peut être intentée contre le débiteur hypothécaire en cas d'insuffisance. C'est là une

covenant of a purchaser of lands subject to any such mortgage, to assume and pay the mortgage”.

On a plain reading of s. 2(2)(d) National Trust cannot recover from Mead on his personal covenant. This statutory intent is reinforced by s. 40(1) of the Act, which provides that agreements purporting to waive the protection of the Act are “null, void and of no effect”.

Section 40(2), however, creates an exception to s. 2 and 40(1) of the Act by permitting corporate mortgagors to waive the protection. In its mortgage agreement with National Trust, Remai expressly waived the protection under s. 2 of the Act and gave a personal covenant on the mortgage. Under the terms of s. 40(2) such a waiver is binding upon “the corporate body, its successors and assigns”. The question to be decided therefore is whether Mead is bound by the waiver as a successor or assign of Remai. The answer turns on the interaction between ss. 2 and 40(1) of the Act, which preclude enforcement of the personal covenant against an individual mortgagor, and s. 40(2) of the Act, which binds successors and assigns to a waiver of s. 2 by a corporate mortgagor.

As the Saskatchewan Court of Appeal points out, existing case law on the point is not very helpful. In *First City Trust Co. v. Friesen* (1985), 38 Sask. R. 220 (Q.B.), an individual assumed a mortgage from a corporate builder. MacLeod J. rejected an argument that s. 40(2) bound only corporate successors and assigns. At page 223 he states:

Whether the mortgagee can or cannot obtain personal judgment against the defendant Friesen depends on the terms of the assumption agreement. Without that agree-

protection que l'al. 2(2)d) accorde également aux acheteurs subséquents du fait qu'il englobe dans sa portée «l'engagement personnel de l'acquéreur de biens-fonds grevés d'une telle hypothèque de prendre en charge et de payer cette hypothèque».

Selon une interprétation littérale de l'al. 2(2)d), National Trust ne peut obtenir de Mead un recouvrement fondé sur l'engagement personnel de celui-ci. Cette intention du législateur se trouve renforcée par le par. 40(1) de la Loi, qui dispose que tout accord par lequel on prétend renoncer à la protection de la Loi est «nul, non venu et inopérant».

Le paragraphe 40(2) crée toutefois une exception à l'art. 2 et au par. 40(1) de la Loi en permettant aux sociétés débitrices hypothécaires de renoncer à la protection. Dans la convention hypothécaire qu'elle a conclue avec National Trust, Remai a expressément renoncé à la protection de l'art. 2 de la Loi et s'est engagée personnellement à garantir l'hypothèque. Suivant les termes du par. 40(2), pareille renonciation lie la «personne morale, ses successeurs et ses cessionnaires». La question à trancher est donc de savoir si Mead est lié par la renonciation en tant que successeur ou cessionnaire de Remai. La réponse tient à l'interprétation de l'art. 2 et du par. 40(1) de la Loi, qui viennent empêcher qu'un particulier débiteur hypothécaire ne soit contraint de s'acquitter de son engagement personnel de payer, et du par. 40(2) de la Loi qui prévoit qu'une renonciation à l'application de l'art. 2 faite par une société débitrice hypothécaire lie ses successeurs et ses cessionnaires.

Ainsi que le fait remarquer la Cour d'appel de la Saskatchewan, la jurisprudence se révèle fort peu utile sur ce point. Dans l'affaire *First City Trust Co. v. Friesen* (1985), 38 Sask. R. 220 (B.R.), un particulier a pris en charge une hypothèque consentie par une société constructrice. Le juge MacLeod a rejeté l'argument selon lequel le par. 40(2) ne s'applique qu'aux successeurs et aux cessionnaires qui sont des personnes morales. Il dit, à la p. 223:

[TRADUCTION] Quant à savoir si la créancière hypothécaire peut ou non obtenir un jugement personnel contre le défendeur Friesen, cela dépend des conditions

ment, there would be no privity of contract between the mortgagee and Friesen, and personal judgment could only go against the defendant corporate body . . .

I am satisfied that the position of persons such as Friesen, (that is, successors and assigns) was contemplated by the legislature, whose words must be accepted for what they say, without imposing an artificial construction on those words to benefit a person who, if different circumstances had prevailed, could have been able to invoke the protection of the statute as against the mortgagee.

In *Canada Trustco Mortgage Co. v. Grover*, [1987] 2 W.W.R. 766 (Sask. Q.B.), Wright J. (the chambers judge in the case at bar) rejected *First City* on the strength of this Court's judgment in *Potash v. Royal Trust Co.*, [1986] 2 S.C.R. 351. In *Potash* this Court was asked to interpret s. 10 of the federal *Interest Act*, R.S.C. 1970, c. I-18, which provided that individuals must be given the right to pay off a mortgage after five years. The respondent in that case entered into a renewal agreement after five years without paying off the mortgage and then proceeded to pay it off subsequent to entering into the renewal agreement. Although the Act did not specifically provide that a person could not waive its provisions, I stated for the Court at p. 373 that "I agree with counsel for Potash that s. 10(1) was enacted in the public interest and that the long standing rule against contracting out or waiver should apply to it." Wright J. does not expand his application of *Potash* to the facts of *Grover* but I assume that he took from it that, if parties cannot waive protective provisions in circumstances where the statute is silent, then where the statute expressly invalidates a waiver (e.g., s. 40(1) of the Act), any exception to that protection should be construed as narrowly as possible. The facts in *Grover* were for all intents and purposes the same as in the case at bar. Wright J. found that the applicant mortgagee was not entitled to judgment against the individual mortgagor to whom the mortgage had been assigned by the original corporate mortgagor.

de la convention de prise en charge. En l'absence de cette convention, il n'y aurait pas de lien de droit contractuel entre la créancière hypothécaire et Friesen, et un jugement personnel ne pourrait être rendu alors que contre la personne morale défenderesse [...]

Je suis convaincu que la situation de personnes comme Friesen (c'est-à-dire les successeurs et les cessionnaires) a été envisagée par le législateur, dont les paroles sont à prendre littéralement, sans leur imposer une interprétation artificielle afin de profiter à une personne qui, si les circonstances avaient été différentes, aurait pu invoquer la protection de la loi contre son créancier hypothécaire.

Dans l'affaire *Canada Trustco Mortgage Co. v. Grover*, [1987] 2 W.W.R. 766 (B.R. Sask.), le juge Wright (le juge en chambre, en l'espèce) s'est fondé sur notre arrêt *Potash c. Royal Trust Co.*, [1986] 2 R.C.S. 351, pour rejeter la décision *First City*. Notre Cour était appelée dans l'affaire *Potash* à interpréter l'art. 10 de la *Loi sur l'intérêt*, S.R.C. 1970, ch. I-18, qui reconnaissait aux particuliers le droit de purger une hypothèque à l'expiration d'une période de cinq ans. L'intimé dans cette affaire-là, ayant conclu une convention de renouvellement au bout de cinq ans sans purger l'hypothèque, l'a purgée après la conclusion de la convention. Quoique la Loi n'exclue pas expressément la renonciation à l'application de ses dispositions, j'ai dit au nom de la Cour, à la p. 373: «Je suis d'accord avec l'avocat de Potash pour dire que le par. 10(1) a été adopté dans l'intérêt public et que la règle établie depuis longtemps qui interdit la renonciation doit s'y appliquer.» Le juge Wright n'applique pas l'arrêt *Potash* aux faits de l'affaire *Grover*, mais je présume qu'il en a déduit que, si des parties ne peuvent renoncer à des dispositions protectrices dans des circonstances où la Loi se tait à ce sujet, alors dans un cas où la Loi invalide expressément une renonciation (p. ex. le par. 40(1) de la Loi), toute exception à cette protection doit recevoir l'interprétation la plus restrictive possible. Les faits dans l'affaire *Grover* sont pratiquement identiques à ceux de la présente instance. Le juge Wright a décidé que la créancière hypothécaire requérante n'avait pas droit à ce qu'un jugement soit rendu contre le particulier débiteur hypothécaire auquel l'hypothèque avait été cédée par la société qui était la débitrice hypothécaire originaire.

I agree with Cameron J.A. that these cases are not of much assistance. I turn therefore to a consideration of the purpose of s. 2 of the Act. Section 2 protects individual mortgagors from being personally liable on a mortgage and restricts the mortgagee's remedy to the property. Individuals usually take out mortgages to secure residential houses or farms. Their home is typically the largest single asset they have. One can well imagine that once that is lost the individual in many instances has little else to seize and imposing the additional burden of personal liability would be onerous and perhaps futile. I note in passing that s. 2 was originally enacted by the Saskatchewan legislature in 1934 (S.S. 1934-35, c. 89, s. 4) at a time when many prairie farmers were "losing the farm" thanks to the notorious and disastrous effects of the "dustbowls" and the Depression.

Section 40 of the Act was enacted through a series of amendments to the statute between 1953 and 1961. The purpose in permitting corporate borrowers to waive the protection provided under the Act was, in my view, aptly described by Malone J. in *Disney Farms Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1984] 5 W.W.R. 285 (Sask. Q.B.) at pp. 287-88:

Since 1965 the Limitation of Civil Rights Act [R.S.S. 1965, c. 103, s. 27] has permitted bodies corporate to waive the entire provisions thereof. A similar waiver provision is also found in the Saskatchewan Land Contracts (Actions) Act, R.S.S. 1978, c. L-3 [s. 5]. In my opinion, the purpose of these provisions is to facilitate corporate financing that otherwise may not be available if lenders could not realize upon their security on default by a corporate borrower. I am also of the opinion that the provisions of the Limitation of Civil Rights Act were primarily intended to benefit and protect individuals, as distinct from limited companies, who usually are more sophisticated in the management of their affairs and require larger amounts of capital to maintain their operations.

Je partage l'avis du juge Cameron de la Cour d'appel que ces décisions ne sont pas d'un très grand secours. Je passe en conséquence à l'examen de l'objet de l'art. 2 de la Loi. L'article 2 met les particuliers débiteurs hypothécaires à l'abri de la responsabilité personnelle relativement à une hypothèque et ne permet au créancier hypothécaire que l'exercice d'un recours contre le bien-fonds. Or, les particuliers consentent habituellement des hypothèques à titre de garanties afférentes à des maisons d'habitation ou à des fermes. Normalement, la maison représente leur bien le plus important. On peut donc bien s'imaginer que dans beaucoup de cas il ne restera à un particulier qui a perdu ce bien pas grand-chose d'autre susceptible de saisie et que lui imposer en outre la responsabilité personnelle serait pour lui une lourde charge et ne servirait peut-être à rien. Je fais remarquer en passant que l'art. 2 a été initialement adopté par le législateur de la Saskatchewan en 1934 (S.S. 1934-35, ch. 89, art. 4), époque où bien des agriculteurs des Prairies [TRADUCTION] «perdaient leur ferme» par les effets notoires et désastreux de la sécheresse et de la Dépression.

L'article 40 a été adopté au moyen d'une série de modifications apportées à la Loi entre 1953 et 1961. L'objet de l'autorisation donnée aux sociétés emprunteuses de renoncer à la protection offerte par la Loi est expliqué avec justesse, selon moi, par le juge Malone dans la décision *Disney Farms Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1984] 5 W.W.R. 285 (B.R. Sask.), aux pp. 287 et 288:

[TRADUCTION] Depuis 1965, *The Limitation of Civil Rights Act* [R.S.S. 1965, ch. 103, art. 27] permet aux personnes morales de renoncer à l'application de toutes ses dispositions. On retrouve une disposition de renonciation analogue dans la *Saskatchewan Land Contracts (Actions) Act*, R.S.S. 1978, ch. L-3 [art. 5]. À mon avis, ces dispositions sont destinées à faciliter aux sociétés l'obtention d'un financement qui, autrement, leur serait peut-être refusé si les prêteurs ne pouvaient pas réaliser leur garantie en cas de défaut par une société emprunteuse. Je suis en outre d'avis que les dispositions de *The Limitation of Civil Rights Act* visent principalement à avantager et à protéger les particuliers, par opposition aux sociétés à responsabilité limitée qui, en règle générale, apportent à la gestion de leurs affaires un plus grand savoir-faire et qui ont besoin de capitaux plus importants pour continuer leurs opérations.

I think it is clear that the policy concerns animating the protection of individuals from personal liability for mortgage deficiencies are not particularly compelling when applied to corporations. The meaning to be attributed to the provisions of the Act should reflect these policy concerns. Thus, any exception to the principle in s. 2 that individual mortgagors be insulated from personal liability should be construed as narrowly as possible.

Turning to s. 40(2) of the Act, the provision states that if a corporation waives its protection, that waiver binds all successors and assigns "notwithstanding anything in this Act". When used in reference to corporations, a "successor" generally denotes another corporation which, through merger, amalgamation or some other type of legal succession, assumes the burdens and becomes vested with the rights of the first corporation. In terms of s. 40(2) of the Act it is understandable that a new corporation should be bound by the waiver of the old one since the new one is essentially supplanting the old one in all respects. Indeed, restricting the meaning of "successor" in s. 40(2) to other corporations makes sense in light of the policy driving the Act. In my view, the application of the s. 40(2) exception to "successors" was only intended to ensure liability on the personal covenant of a corporation which steps into the shoes of the original corporate mortgagor. It is apparent that Mead is not a "successor" to Remai here.

The word "assign" has, of course, a broader meaning. An "assign" is anyone to whom an assignment is made and presumably, but for the specific reference to "successors", would include both individuals and corporations. As between mortgagors, an assignment would be an agreement between the original mortgagor and his purchaser by which the latter would assume the mortgage debt in exchange for valuable consideration. Section 2(2)(b) of the Act specifically extends the protection of s. 2 to assignees of purchasers whereas s. 40(2) binds assigns of corporations who have

Je crois qu'il est évident que les préoccupations d'ordre public motivant la protection des particuliers contre la responsabilité personnelle pour l'insuffisance de garanties hypothécaires ne sont pas particulièrement impérieuses dans le cas de sociétés. Le sens prêté aux dispositions de la Loi devrait refléter ces préoccupations d'ordre public. Ainsi, toute exception au principe, posé par l'art. 2, que les particuliers débiteurs hypothécaires soient mis à l'abri de la responsabilité personnelle doit recevoir l'interprétation la plus restrictive possible.

Voilà qui nous amène au par. 40(2) de la Loi, qui porte que, si une société renonce à la protection à laquelle elle a droit, cette renonciation lie tous ses successeurs et cessionnaires «indépendamment des termes de la présente loi». Employé à l'égard de sociétés, le terme «successeur» désigne généralement une autre société qui, par fusion ou une autre forme de succession juridique, assume les obligations et acquiert les droits de la première société. Dans le contexte du par. 40(2) de la Loi, il est compréhensible qu'une nouvelle société soit liée par la renonciation faite par l'ancienne société puisque, essentiellement, la nouvelle se substitue à tous les égards à l'ancienne. De fait, quand on tient compte de l'intérêt public qui anime la Loi, il est logique de donner au terme «successeur» employé au par. 40(2) un sens qui se limite à d'autres sociétés. À mon avis, l'application de l'exception prévue au par. 40(2) aux «successeurs» avait pour seul objet d'assurer la responsabilité fondée sur l'engagement personnel d'une société qui prend la place de la société qui était la débitrice hypothécaire originaire. Il est évident que Mead n'est pas un «successeur» de Remai en l'espèce.

Le sens du mot «cessionnaire» est bien entendu plus large. «Cessionnaire» désigne en effet toute personne en faveur de laquelle une cession est faite et, n'eût été la mention expresse de «successeurs», comprendrait en principe à la fois les personnes physiques et les personnes morales. Dans le cas de débiteurs hypothécaires, une cession serait un accord entre le débiteur hypothécaire originaire et l'acheteur en vertu duquel ce dernier prendrait en charge la dette hypothécaire moyennant une contrepartie de valeur. L'alinéa 2(2)b) de la Loi accorde expressément la protection de l'art. 2 aux

waived s. 2 "notwithstanding anything in this Act". This would presumably include individual assigns of corporate mortgagors. It is my view, however, that the purpose of this exception is to protect mortgagees who extend mortgages to corporations on condition that the latter provide a personal covenant and who then find that the corporation has unilaterally (and without the mortgagee's consent) assigned the mortgage to an individual on whom the personal covenant would not otherwise be binding under the Act. It is those "assigns" who must be bound by the personal covenant of the original corporate mortgagor if the mortgagee is to have the protection contemplated by the section. This situation would arise where there is an assignment of the mortgage from a corporate mortgagor to an individual without an assumption agreement between the individual mortgagor and the mortgagee.

Where the mortgagee (in this case National Trust) has entered into an assumption agreement with the new mortgagor, however, the concern about the mortgagee's rights being unfairly defeated simply does not arise. National Trust was completely free in the present case to decide whether or not to let Mead assume the mortgage from Remai. If it saw itself as exposed to an undue risk if it could not sue on the personal covenant to recover a deficiency on the mortgage debt, it was at liberty to refuse to enter into the Assumption Agreement with Mead. It is noteworthy that while ss. 2(2)(a)-(d) extend the protection of the Act to circumstances of assignment, extension or assumption of a mortgage, s. 40(2) only binds successors and assigns to a waiver by a corporate body. There is no evidence on the record indicating whether Remai assigned its mortgage to Mead. Even if it had, however, the fact that Mead also assumed the mortgage by way of Assumption Agreement with National Trust entitles him to the benefit of s. 2(2)(d), which in turn is not subject to the waiver exception under s. 40(2). Remai's exercise of its

cessionnaires d'acheteurs tandis que le par. 40(2) lie les cessionnaires de sociétés ayant renoncé à l'application de l'art. 2 «indépendamment des termes de la présente loi». Cela comprendrait en principe les particuliers cessionnaires de sociétés débitrices hypothécaires. Je suis toutefois d'avis que cette exception a pour objet la protection de créanciers hypothécaires qui consentent des hypothèques à des sociétés à condition que celles-ci s'engagent personnellement à payer, et qui découvrent par la suite que la société a unilatéralement (et sans le consentement du créancier hypothécaire) cédé l'hypothèque à un particulier qui, autrement, ne serait pas lié par l'engagement personnel aux termes de la Loi. Ce sont ces «cessionnaires» qui doivent être liés par l'engagement personnel de la société qui était la débitrice hypothécaire originaire si le créancier hypothécaire doit bénéficier de la protection envisagée par l'article en question. Cette situation se présenterait dans le cas où une société débitrice hypothécaire cède l'hypothèque à un particulier sans qu'il n'y ait de convention de prise en charge entre le particulier débiteur hypothécaire et le créancier hypothécaire.

Toutefois, lorsque le créancier hypothécaire (en l'occurrence National Trust) a conclu une convention de prise en charge avec le nouveau débiteur hypothécaire, le problème de l'anéantissement injuste des droits du créancier hypothécaire ne se pose simplement pas. En l'espèce, National Trust avait toute liberté de décider si elle allait ou non permettre à Mead de prendre en charge l'hypothèque consentie par Remai. Si elle croyait courir un risque indu dans l'hypothèse où elle n'aurait pas la possibilité de prendre action, fondée sur l'engagement personnel, en recouvrement de toute insuffisance à l'égard de la dette hypothécaire, elle était libre de refuser de conclure la convention de prise en charge avec Mead. Il est à noter que, si les al. 2(2)a) à d) permettent de bénéficier de la protection de la Loi dans les cas de la cession, de la prorogation ou de la prise en charge d'une hypothèque, le par. 40(2) porte que seuls sont liés par une renonciation faite par une personne morale les successeurs et les cessionnaires. Aucun élément de preuve au dossier n'indique si Remai a cédé son hypothèque à Mead. Même dans ce cas cependant,

waiver under s. 40 of the Act does not therefore bind Mead.

B. Assumption Agreement

I am in general agreement with the reasoning of the Court of Appeal regarding the interpretation and effect of the Assumption Agreement. The wording of the Agreement, in conjunction with the Act, is clearly capable of being construed as releasing Mead from any obligation to pay under the personal covenant set out in the Agreement. It provides *inter alia* that Mead will be bound by all of the terms, covenants, conditions and obligations of the mortgage "as though it had been originally made, executed and delivered by him as Mortgagor." The Court of Appeal pointed out that had the Agreement been originally made, executed and delivered by Mead as mortgagor, s. 2 would have applied, no exception under s. 40(2) would have been available, and the personal covenant would have been unenforceable pursuant to s. 40(1). National Trust would have been restricted to its remedy against the land. The doctrine of *contra proferentem* would resolve any lingering ambiguity in Mead's favour.

National Trust submits that the doctrine of *contra proferentem* is inapplicable here because the construction put on the Agreement by the Court of Appeal would make the inclusion of the personal covenant pointless. It could have no effect. Since the Court should strive to give meaning to the parties' agreement, it should reject an interpretation that would render one of its terms ineffective.

In my view, the presence of s. 40(1) in the Act belies the claim made by National Trust that the ideal construction of the Agreement is one that gives effect to each and every one of its terms. Section 40(1) explicitly contemplates the inclusion of a personal covenant in a mortgage but states

le fait que Mead a en outre pris l'hypothèque en charge au moyen de la convention de prise en charge intervenue avec National Trust lui donne droit au bénéfice de l'al. 2(2)d), lequel n'est pas assujéti à l'exception que constitue la renonciation prévue au par. 40(2). La renonciation faite par Remai en vertu de l'art. 40 de la Loi ne lie donc pas Mead.

b B. La convention de prise en charge

Je souscris d'une manière générale au raisonnement de la Cour d'appel en ce qui concerne l'interprétation et l'effet de la convention de prise en charge. Le libellé de la convention, combiné avec la Loi, admet manifestement une interprétation qui dégage Mead de toute obligation de payer fondée sur l'engagement personnel contenu dans la convention. Celle-ci prévoit notamment que Mead est lié par la totalité des modalités, des engagements, des conditions et des obligations énoncés dans l'hypothèque, «comme si c'était lui qui l'avait consentie et qui avait signé l'acte constitutif». La Cour d'appel a fait remarquer que si la convention avait été originairement conclue et signée par Mead en tant que débiteur hypothécaire, le par. 2 se serait appliqué, on n'aurait pu invoquer aucune exception fondée sur le par. 40(2) et, suivant le par. 40(1), l'engagement personnel aurait été de nul effet. L'unique recours de National Trust aurait été celui contre le bien-fonds. Le principe de *contra proferentem* aurait fait bénéficier Mead de toute ambiguïté qui pouvait subsister.

National Trust prétend que le principe de *contra proferentem* ne s'applique pas en l'espèce parce que l'interprétation donnée à la convention par la Cour d'appel rendrait inutile l'inclusion de l'engagement personnel. Il serait sans effet. Comme notre Cour doit s'efforcer de donner un sens à la convention intervenue entre les parties, il y a lieu de rejeter une interprétation par suite de laquelle l'une de ses conditions serait inopérante.

Selon moi, l'existence du par. 40(1) de la Loi réfute l'argument de National Trust voulant que l'interprétation idéale de la convention soit celle qui permette à chacune de ses conditions d'avoir un effet. Le paragraphe 40(1) envisage explicitement l'inclusion d'un engagement personnel dans

that such covenants are null, void and of no effect subject to the exception contained in s. 40(2) for corporate mortgagors. Although the closing paragraph of the Assumption Agreement states that "all provisions hereof shall have effect notwithstanding any statute to the contrary", this cannot be enforced by National Trust in face of the explicit prohibition in the statute against contracting out of its protection.

In the result, I think the Court of Appeal construed the Assumption Agreement correctly when it declared that the personal covenant was unenforceable against Mead. I do not find it necessary to invoke the doctrine of *contra proferentem* to buttress this conclusion.

C. Novation

The respondent Mead has pleaded in the alternative that the Assumption Agreement effected a novation so that the old agreement with Remai was gone and the new agreement with Mead as mortgagor was substituted for it. If this were so Mead would unquestioningly be entitled to the protection of s. 2 of the Act. While it is not strictly necessary to decide this issue since I have already concluded that, as a matter of interpretation of the Assumption Agreement, Mead is not liable on the covenant, it may nevertheless be helpful if the Court were to try to resolve some of the confusion concerning the application of the doctrine of novation in a mortgage context.

The common law has long recognized that while one may be free to assign contractual benefits to a third party, the same cannot be said of contractual obligations. This principle results from the fusion of two fundamental principles of contract law: 1) that parties are able to make bargains with the parties of their own choice (freedom of contract); and 2) that parties do not have to discharge contractual obligations that they had no part in creating (privity of contract). Our law does, however, recognize that contractual obligations which a

un acte constitutif d'hypothèque, mais dit que ces engagements sont nuls, non avenus et inopérants, sous réserve de l'exception prévue au par. 40(2) pour les sociétés débitrices hypothécaires. Bien que la clause finale de la convention de prise en charge porte que «toutes les stipulations des présentes s'appliquent indépendamment de toute disposition législative contraire», National Trust ne saurait s'en prévaloir étant donné que la Loi interdit expressément toute renonciation contractuelle à sa protection.

En définitive, j'estime que la Cour d'appel a interprété correctement la convention de prise en charge en affirmant qu'on ne pouvait se prévaloir de l'engagement personnel contre Mead. Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de recourir au principe de *contra proferentem* pour étayer cette conclusion.

C. La novation

L'intimé Mead a fait valoir subsidiairement que la convention de prise en charge opérait une novation de sorte que l'ancienne convention avec Remai disparaissait pour être remplacée par la nouvelle convention conclue avec Mead en tant que débiteur hypothécaire. S'il en était ainsi, Mead aurait indubitablement droit à la protection de l'art. 2 de la Loi. Quoiqu'il ne soit pas strictement nécessaire de trancher ce point puisque j'ai déjà conclu que, en ce qui concerne l'interprétation de la convention de prise en charge, Mead n'a aucune responsabilité fondée sur l'engagement personnel, il serait peut-être utile néanmoins que la Cour fasse une tentative de dissiper dans une certaine mesure la confusion relative à l'application du principe de la novation dans un contexte hypothécaire.

Voilà longtemps que la common law reconnaît que si l'on peut être libre de céder à un tiers les avantages découlant d'un contrat, il n'en va pas de même des obligations contractuelles. C'est là un principe qui procède de la fusion de deux principes fondamentaux du droit des contrats: 1) celui selon lequel les parties peuvent contracter avec qui elles veulent (la liberté contractuelle); et 2) celui selon lequel les parties ne sont pas tenues de s'acquitter d'obligations contractuelles à la création desquelles elles n'ont pas participé (effets relatifs du contrat).

party has freely assumed may be extinguished in certain circumstances and the doctrine of novation provides one way of achieving this.

A novation is a trilateral agreement by which an existing contract is extinguished and a new contract brought into being in its place. Indeed, for an agreement to effect a valid novation the appropriate consideration is the discharge of the original debt in return for a promise to perform some obligation. The assent of the beneficiary (the creditor or mortgagee) of those obligations to the discharge and substitution is crucial. This is because the effect of novation is that the creditor may no longer look to the original party if the obligations under the substituted contract are not subsequently met as promised.

Because assent is the crux of novation it is obvious that novation may not be forced upon an unwilling creditor and, in the absence of express agreement, the court should be loath to find novation unless the circumstances are really compelling. Thus, while the court may look at the surrounding circumstances, including the conduct of the parties, in order to determine whether a novation has occurred, the burden of establishing novation is not easily met. The courts have established a three-part test for determining if novation has occurred. It is set out in *Polson v. Wulffsohn* (1890), 2 B.C.R. 39 as follows:

1. The new debtor must assume the complete liability;
2. The creditor must accept the new debtor as principal debtor and not merely as an agent or guarantor; and
3. The creditor must accept the new contract in full satisfaction and substitution for the old contract.

There has been some disagreement among courts across the country as to the weight to be attributed to these elements and it might be helpful to review some of the authorities. Indeed, such a review makes it clear that these three factors are

Notre droit reconnaît toutefois que les obligations contractuelles qu'une partie a librement assumées peuvent dans certaines circonstances être éteintes et le principe de la novation constitue un moyen d'y parvenir.

Une novation est une convention trilatérale qui opère l'extinction d'un contrat existant et qui y substitue un contrat nouveau. De fait, pour qu'une convention effectue une novation valide, la contrepartie convenable consiste en l'extinction de la dette primitive en échange d'une promesse de s'acquitter d'une obligation quelconque. Il est crucial que le bénéficiaire (le créancier, hypothécaire ou autre) de ces obligations donne son consentement à l'extinction et à la substitution. La raison en est que la novation a pour conséquence que le créancier ne peut plus s'adresser au débiteur originaire si par la suite on ne s'acquitte pas des obligations conformément au contrat substitué.

Puisque le consentement constitue l'élément essentiel de la novation, il est évident qu'on ne saurait imposer la novation à un créancier qui n'en veut pas et, en l'absence d'une entente expresse, un tribunal doit se montrer hésitant à conclure à la novation, à moins que les circonstances ne le commandent vraiment. Donc, bien que le tribunal puisse tenir compte des circonstances, y compris la conduite des parties, afin de déterminer s'il y a eu novation, il n'est pas facile de s'acquitter du fardeau de prouver la novation. Les tribunaux ont établi un critère comportant trois volets pour déterminer s'il y a eu novation. Ce critère, qui se trouve énoncé dans la décision *Polson v. Wulffsohn* (1890), 2 B.C.R. 39, est le suivant:

[TRADUCTION]

1. Le nouveau débiteur doit assumer totalement la responsabilité;
2. Le créancier doit accepter le nouveau débiteur comme débiteur principal et non pas simplement en qualité de mandataire ou de garant; et
3. Le créancier doit accepter le nouveau contrat en pleine satisfaction et substitution de l'ancien contrat.

Il existe un certain désaccord au sein des tribunaux du pays relativement au poids à attribuer à ces éléments, de sorte qu'il pourrait être utile d'examiner quelques décisions. En fait, il devient évident au terme d'un tel examen que ces trois

not the only ones to be considered. The courts are usually confronted with an amalgam from which they must distil their finding of fact as to whether novation has occurred or not.

I start with the conduct of the parties. In *Central & Eastern Trust Co. v. Rosebowl Holdings Ltd.* (1981), 34 N.B.R. (2d) 308 (C.A.), Rosebowl had granted a mortgage to Central with one Huestis acting as guarantor of the loan. Rosebowl subsequently sold the property to another party who assumed the mortgage. When Central subsequently informed Rosebowl as to the balance then due on the mortgage, Rosebowl advised Central that the mortgage had been assumed by its purchaser and that a new mortgage was being recorded. Thereafter, Central closed out Rosebowl's account. Approximately two years later the purchaser started to fall into arrears. Rosebowl was not informed of these defaults until Central decided to sell the property under the power of sale contained in the mortgage. Proceedings were brought against Rosebowl and Huestis when the sale resulted in a deficiency.

Rosebowl and Huestis submitted that Central took all the necessary steps to give effect to the sale and assumption of mortgage by the purchaser when it closed out Rosebowl's account as opposed to crediting it with the monthly instalments made by the purchaser. It was also stressed that Rosebowl's solicitor acted for the trust company when the equity of redemption was transferred. Ryan J.A., writing for the court, held that these circumstances were insufficient to establish a novation. He held that there was no express agreement to the effect that Central would accept the purchaser as principal debtor and give up its right of action against Rosebowl and Huestis nor did the evidence support an inference to that effect.

What if changes have been made to the terms of the original mortgage? In *Canada Permanent Trust Co. v. Neumann*, *supra*, the Neumanns joined together with another couple, the Mas, and granted a mortgage to Canada Permanent. Later

facteurs ne sont pas les seuls qui soient pris en considération. Les tribunaux font habituellement face à une situation complexe d'où ils doivent tirer leur conclusion de fait quant à l'existence ou à l'inexistence d'une novation.

Je prends comme point de départ la conduite des parties. Dans l'affaire *Central & Eastern Trust Co. v. Rosebowl Holdings Ltd.* (1981), 34 N.B.R. (2d) 308 (C.A.), Rosebowl avait consenti une hypothèque à Central, le prêt étant garanti par un nommé Huestis. Rosebowl a par la suite vendu le bien-fonds à une autre partie, qui a pris l'hypothèque en charge. Quand Central a informé Rosebowl du solde impayé de l'hypothèque, Rosebowl lui a fait savoir que l'hypothèque avait été prise en charge par l'acheteur et qu'on était en voie de faire enregistrer une nouvelle hypothèque. Ensuite, Central a clos le compte de Rosebowl. Environ deux ans plus tard, l'acheteur commençait à prendre du retard dans ses versements. Rosebowl n'en a été mise au courant qu'au moment où Central a décidé de vendre le bien-fonds en vertu du pouvoir de vente prévu dans l'acte constitutif d'hypothèque. Quand le produit de la vente s'est avéré insuffisant, une instance a été engagée contre Rosebowl et Huestis.

Rosebowl et Huestis ont fait valoir que Central avait pris toutes les mesures pour donner effet à la vente et prise en charge de l'hypothèque par l'acheteur quand elle a clos le compte de Rosebowl plutôt que de le créditer des mensualités versées par l'acheteur. On a souligné en outre que l'avocat de Rosebowl avait agi pour le compte de la société de fiducie lors du transfert du droit de rachat. Le juge Ryan, au nom de la Cour d'appel, a statué que ces circonstances ne suffisaient pas pour établir une novation. Il a conclu qu'il n'y avait pas de convention expresse portant que Central accepterait l'acheteur comme débiteur principal et renoncerait à son droit de poursuivre Rosebowl et Huestis; il a conclu en outre que la preuve ne justifiait pas une inférence dans ce sens.

Or, qu'arrive-t-il si des modifications ont été apportées aux conditions de l'hypothèque primitive? Dans l'affaire *Canada Permanent Trust Co. v. Neumann*, précitée, les Neumann se sont joints à un autre couple, les Ma, pour consentir une hypo-

wishing to absolve themselves of this liability, the Neumanns conveyed all their interest and title to the Mas in return for the latter's promise to assume sole liability for the mortgage debt. Canada Permanent was not a party to this transfer and did not specifically release the Neumanns from their debt. The Mas later entered into a modification agreement reducing the interest rate as well as the amount of the monthly instalments. The Neumanns were not aware of this agreement until the Mas defaulted and the trust company demanded payment. Canada Permanent brought suit against the Neumanns on their personal covenant. The trial judge allowed the action and granted judgment in an amount calculated in accordance with the modification agreement.

Carrothers J.A. allowed the Neumanns' appeal, finding that there had been a novation. He based his judgment on the fact that the modification agreement had altered the mortgage in several respects, holding at p. 321:

There cannot be two contracts of mortgage and two methods of calculating the mortgage debt existing in respect of the same mortgage at the same time. This is legally repugnant and can only be construed as a novation and an acceptance on the part of the trust company of the Mas exclusively as principal debtors, thus releasing the Neumanns of their obligation. These circumstances are, in my view, consistent with novation.

A different result on similar facts was reached in the case of *Central Trust Co. v. Bartlett* (1983), 30 R.P.R. 267 (N.S.C.A.). There, the equity of redemption in certain lands had been transferred several times. After each transfer the transferee entered into an assumption agreement with Central Trust providing that all remedies were reserved by the mortgagee. The final transferee renewed the mortgage at a much higher rate of interest than the rate in the original mortgage and subsequently fell into arrears. The property was sold and Central Trust sued Bartlett on his personal covenant for the deficiency. Bartlett argued, *inter alia*, that the mortgagee could be taken as impliedly releasing him from his obligations under

thèque à Canada Permanent. Par la suite, les Neumann, désireux de se libérer de cette charge, ont cédé en totalité leur droit et leur titre aux Ma en échange de la promesse de ces derniers de devenir seuls responsables de la dette hypothécaire. Canada Permanent n'était pas partie à cette cession et n'a pas expressément dégagé les Neumann de leur dette. Les Ma ont conclu ensuite une convention modificative portant réduction du taux d'intérêt et du montant des mensualités. Les Neumann ignoraient l'existence de cette convention jusqu'au moment où les Ma se sont trouvés en défaut et que la société de fiducie a revendiqué le paiement. Canada Permanent a intenté contre les Neumann une action fondée sur leur engagement personnel de payer. Le juge de première instance a accueilli l'action et a accordé une somme calculée en conformité avec la convention modificative.

Concluant à la novation, le juge Carrothers de la Cour d'appel a accueilli l'appel formé par les Neumann. Il a fondé son jugement sur le fait que la convention modificative était venue changer l'hypothèque à plusieurs égards. Il dit, à la p. 321:

[TRADUCTION] Il ne peut subsister parallèlement à l'égard de la même hypothèque deux contrats hypothécaires et deux méthodes de calculer la dette hypothécaire. Cela est juridiquement inadmissible et ne peut s'interpréter autrement que comme une novation et comme une acceptation des Ma par la société de fiducie en tant que seuls débiteurs principaux, les Neumann étant par le fait même dégagés de leur obligation. Ces circonstances, selon moi, sont compatibles avec l'existence d'une novation.

Des faits analogues ont conduit à une conclusion différente dans l'affaire *Central Trust Co. v. Bartlett* (1983), 30 R.P.R. 267 (C.A.N.-É.). Là, le droit de rachat afférent à certains biens-fonds avait fait l'objet de plusieurs cessions. À la suite de chaque cession, le cessionnaire a conclu avec Central Trust une convention de prise en charge dans laquelle la créancière hypothécaire se réservait tous ses recours. L'ultime cessionnaire a renouvelé l'hypothèque à un taux d'intérêt bien plus élevé que celui fixé pour l'hypothèque primitive et a fini par tomber en défaut. La propriété a été vendue et Central Trust a intenté contre Bartlett une action en paiement du solde fondée sur son engagement personnel. Bartlett a soutenu notamment que la

the mortgage by entering into a renewal agreement with another party on very different terms and without his consent. Hart J.A. rejected this argument at p. 272 and held that Bartlett continued to be liable for the original amount in the mortgage:

In no event could Mr. Bartlett become liable for any amount in excess of the amount he undertook to pay in accordance with the rate of interest set forth in his agreement. A tender of this amount would, I believe, end any further obligation he may have to the mortgagee under the assumption agreement. The mere extension of time to pay would not, in my view, be evidence of an intention to release the other persons liable to pay the mortgage debt.

In my view, significant changes in the terms of a mortgage effected without the consent of the original mortgagor constitute very strong evidence of novation. It is not necessary, of course, for a different contract to be brought into existence for a novation to take place. The essence of novation is the substitution of debtors. However, where significant changes in terms occur and the creditor has not applied to the original mortgagor for its consent, I believe this is a strong indication that the creditor is no longer looking to the mortgagor for payment.

This view has been expressed by the British Columbia Court of Appeal on a number of occasions: see especially *Re Bank of Nova Scotia and Vancouver Island Renovating Inc.* (1986), 31 D.L.R. (4th) 560 and *Eaton Bay Trust Co. v. Ling* (1987), 45 D.L.R. (4th) 1. In the *Vancouver Island* case the purchaser had entered into an agreement with the bank on substantially changed terms. When the purchaser fell into arrears the bank looked to Vancouver Island for the deficiency. The British Columbia Court of Appeal held that usually such changes in terms would support Vancouver Island's argument that there had been a novation. However, not so in this case because the guarantor of Vancouver Island's liability on the covenant acted as solicitor for the purchaser

créancière hypothécaire pouvait être considérée comme l'ayant implicitement dégagé de ses obligations découlant de l'hypothèque du fait d'avoir conclu avec une autre partie, sans le consentement de Bartlett, une convention de renouvellement dont les conditions étaient nettement différentes. Le juge Hart de la Cour d'appel rejette cet argument à la p. 272 et dit que Bartlett demeurerait responsable du montant primitif de l'hypothèque:

[TRADUCTION] Dans aucun cas M. Bartlett ne pourrait devenir responsable d'une somme supérieure à celle qu'il s'est engagé à payer au taux d'intérêt prévu dans son contrat. S'il offrait cette somme, cela éteindrait, je crois, toute obligation qu'il pourrait avoir envers la créancière hypothécaire aux termes de la convention de prise en charge. La simple prorogation de l'échéance ne constitue pas, selon moi, une preuve de l'intention de décharger les autres personnes tenues de la dette hypothécaire.

À mon avis, des modifications importantes apportées aux conditions d'une hypothèque sans le consentement du débiteur hypothécaire originaire constituent une preuve très convaincante qu'il y a eu novation. La passation d'un contrat différent n'est pas, bien entendu, une condition sine qua non de la novation. La novation se caractérise essentiellement par la substitution de débiteurs. Toutefois, lorsque les conditions subissent des changements importants et que le créancier n'a pas demandé le consentement du débiteur hypothécaire originaire, je crois que c'est là une forte indication que le créancier ne cherche plus à se faire désintéresser par ce débiteur hypothécaire.

Cette même opinion a été exprimée à plusieurs reprises par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique: voir spécialement *Re Bank of Nova Scotia and Vancouver Island Renovating Inc.* (1986), 31 D.L.R. (4th) 560, et *Eaton Bay Trust Co. v. Ling* (1987), 45 D.L.R. (4th) 1. Dans l'affaire *Vancouver Island*, l'acheteur avait conclu avec la banque une convention qui modifiait sensiblement les conditions de l'hypothèque. Quand l'acheteur s'est trouvé en défaut, la banque a tenté de recouvrer auprès de Vancouver Island le montant de l'insuffisance. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a dit que de telles modifications des conditions appuieraient normalement l'argument de Vancouver Island voulant qu'il y ait eu novation. Il n'en était cependant rien dans cette

and was therefore well aware of the amendments to the mortgage and must be taken to have expressly or impliedly consented to them.

I noted earlier that there are three requirements for an effective novation. The significance attached by some courts to changes in the mortgage terms has given rise to the suggestion that a fourth requirement should be added, namely the consent of the original debtor. Consent as an added element arose from the decision of Egbert J. in *Herold v. British American Oil Co.*, *supra*, a case dealing with a typical commercial contract. The *Herold* case has been followed in British Columbia: see *Eaton Bay Trust Co.*, *supra*; *Neumann*, *supra*; and *Prospect Mortgage Investment Corp. v. Van-5 Developments Ltd.* (1985), 68 B.C.L.R. 12 (C.A.). In *Neumann*, Lambert J.A. attempted to bring some clarity to the issue by drawing a distinction between those instances where what takes place is akin to the straightforward assignment of a simple debt and those instances where the burdens or benefits to one of the parties to the original contract have been altered. At pages 322-23 he said:

In my opinion, in a case where the old debtors are co-covenantors on a straightforward mortgage of land so that they are simply debtors, the situation is comparable to the situation of the assignability of another simple debt, that is, the consent of the old debtor is not required. So in straightforward mortgage cases the fourth principle of novation referred to . . . does not apply. In such a case the consent of the party being released is not a requisite of the complete novation. The situation may well be otherwise where both the burden and the benefits are being altered for one of the parties to the original contract.

In my view, if Lambert J.A. meant to suggest in this passage that the consent of the original debtor is required for a novation in cases where there

affaire-là parce que le garant de la responsabilité de Vancouver Island résultant de son engagement personnel de payer avait été l'avocat de l'acheteur et était en conséquence parfaitement au courant
a des modifications apportées à l'hypothèque et devait être considéré comme y ayant expressément ou implicitement consenti.

Je fais remarquer plus haut que trois exigences
b doivent être remplies pour qu'il y ait une novation valide. L'importance attachée par certains tribunaux aux modifications apportées aux conditions de l'hypothèque a fait qu'on a proposé d'ajouter une quatrième exigence, savoir le consentement du
c débiteur originaire. Le consentement en tant que nouvel élément tire son origine de la décision du juge Egbert dans l'affaire *Herold v. British American Oil Co.*, précitée, mettant en cause un contrat commercial typique. La décision *Herold* a été
d suivie en Colombie-Britannique: voir l'arrêt *Eaton Bay Trust Co.*, précité; l'arrêt *Neumann*, précité; et l'arrêt *Prospect Mortgage Investment Corp. v. Van-5 Developments Ltd.* (1985), 68 B.C.L.R. 12
e (C.A.). Dans l'arrêt *Neumann*, le juge Lambert de la Cour d'appel tente d'élucider la question en faisant une distinction entre les cas dans lesquels il s'agit de quelque chose qui s'apparente à la simple
f cession d'une simple dette et les situations où les charges incombant à l'une des parties au contrat primitif ou les avantages lui revenant ont subi une modification. Aux pages 322 et 323, le juge Lambert dit:

[TRADUCTION] À mon avis, lorsque les anciens débiteurs sont liés dans le cadre d'une simple hypothèque portant sur un bien-fonds de façon à ce qu'ils ne soient que des débiteurs ordinaires, cette situation est comparable à celle de la cessibilité d'une autre dette ordinaire,
h c'est-à-dire que le consentement de l'ancien débiteur n'est pas requis. Par conséquent, dans le cas d'une simple hypothèque le quatrième principe en matière de novation qui a été mentionné [. . .] ne joue pas. Dans un pareil cas, le consentement de la partie déchargée n'est
; pas nécessaire pour que la novation soit parfaite. Il se peut bien qu'il en soit autrement lorsqu'on modifie pour l'une des parties au contrat primitif à la fois la charge et les avantages conférés.

D'après moi, si le juge Lambert a voulu dire dans ce passage que le consentement du débiteur originaire est requis pour qu'il y ait novation dans

have been significant changes in the original mortgage terms, I think he must be in error. It seems to me that if the original mortgagor consents to the mortgage being assumed by his assignee on different terms, this would indicate rather that he considers himself to continue to be bound despite the assignment. Consent to changed terms, in other words, does not indicate novation but rather continuing liability. On the other hand, when changes in the terms have been effected without the knowledge or consent of the original mortgagor, that will be a strong indication in favour of novation.

With respect to the effect of assumption and renewal agreements, it would appear that some courts have come perilously close to holding that the execution of such agreements *per se* effects a novation. Thus, for example, in *Saskatchewan Trust v. Ross* (1985), 41 Sask. R. 121, Osborn J. of the Saskatchewan Queen's Bench held that a novation had been effected when the purchaser of the equity of redemption submitted all the documents regarding assumption of the mortgage in accordance with the request of the mortgagee. This, together with the mortgagee's failure to communicate in any way with the original mortgagor until the purchaser had been in default for several months, was sufficient in the court's view to establish a novation.

Other courts have come out strongly that the execution of an assumption agreement in and of itself is not sufficient to establish a novation. For example, in *Prospect Mortgage, supra*, Esson J.A. commented at p. 26:

Because novation is essentially an issue of fact, it would be wrong in principle to say, as a generalization, that assumption agreements or extension agreements, or other particular classes of documents, do or do not create a novation. The question must be decided in each case having regard to all of the circumstances of which the language of the new contract is only one.

In my view, the execution of an assumption agreement does not *per se* effect a novation. As

des cas où des modifications importantes ont été apportées aux conditions de l'hypothèque primitive, il s'est trompé. Il me semble que si le débiteur hypothécaire originaire consent à ce que l'hypothèque soit prise en charge par son cessionnaire selon des modalités différentes, cela indique plutôt qu'il se considère encore lié en dépit de la cession. En d'autres termes, le consentement à la modification des conditions est indicatif non pas de novation mais bien de la responsabilité qui subsiste. Par ailleurs, quand des modifications des conditions interviennent à l'insu du débiteur hypothécaire originaire ou sans son consentement, c'est là une forte indication qu'il y a eu novation.

Pour ce qui est de l'effet de conventions de prise en charge et de renouvellement, il semble que certains tribunaux soient passés périlleusement près de statuer que la passation de telles conventions opère par le fait même une novation. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Saskatchewan Trust v. Ross* (1985), 41 Sask. R. 121, le juge Osborn de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a décidé qu'il y avait eu novation lorsque l'acheteur du droit de rachat a remis, à la demande de la créancière hypothécaire, tous les documents concernant la prise en charge de l'hypothèque. Ce fait, combiné avec l'omission de la créancière hypothécaire de communiquer de quelque manière avec le débiteur hypothécaire originaire avant que l'acheteur ne soit en défaut depuis plusieurs mois, suffisait selon la cour pour établir la novation.

D'autres tribunaux ont dit catégoriquement que la conclusion d'une convention de prise en charge ne suffit pas par elle-même pour établir une novation. Par exemple, dans l'arrêt *Prospect Mortgage*, précité, le juge Esson affirme, à la p. 26:

[TRADUCTION] Comme la novation constitue essentiellement une question de fait, on aurait tort en principe de prétendre, à titre de généralisation, que les conventions de prise en charge, les conventions de prorogation ou d'autres catégories particulières de documents opèrent ou n'opèrent pas la novation. Cette question est à trancher dans chaque cas en fonction de toutes les circonstances, les termes du nouveau contrat n'en étant qu'une.

À mon avis, la conclusion d'une convention de prise en charge n'opère pas en soi la novation.

Esson J.A. quite rightly noted, because novation is a question of fact, it would be wrong to hold that the execution of a document by itself would satisfy the doctrine. This is not to say, however, that such an agreement may not carry significant weight in determining whether a novation has taken place. Indeed, if the parties have directed their minds to setting out the terms of the debt relationship in writing, it seems to me that the terms of that agreement should conclude what the parties intended their relationship to be. In other words, in the absence of a written agreement or clear contractual language, the conduct of the parties may take on greater significance in elucidating the intent of the parties than when such an agreement has in fact been executed and is clear. Thus, the language of assumption agreements is deserving of careful scrutiny even although the subsequent conduct of the parties may also be factored into the Court's determination.

"No prejudice" clauses of various kinds have been considered by the courts with conflicting results. In *Central Trust Co. v. Bartlett*, *supra*, the equity of redemption in certain lands had been transferred several times. Each transferee executed an assumption agreement which contained a clause reserving all security taken by the mortgagee in respect of the mortgage. The court in that case held that since the assumption agreement specifically provided that Bartlett was not to be released, this negated any finding of novation.

The British Columbia Court of Appeal first considered the effect of such clauses in *Prospect Mortgage*, *supra*. In that case the mortgage company attempted to hold Van-5 to its covenant after a sale of the mortgaged lands had resulted in a deficiency. When Van-5 purchased the property, it signed an agreement containing the following clause:

Ainsi que le fait remarquer le juge Esson, et en cela il a parfaitement raison, puisque la novation est une question de fait, on aurait tort de conclure que la seule signature d'un document satisferait à ce principe. Cela ne veut toutefois pas dire qu'une telle convention ne peut peser très lourd quand il s'agit de déterminer s'il y a eu novation. De fait, si les parties se sont donné la peine d'énoncer par écrit les conditions régissant les rapports engendrés par la dette, il me semble que les modalités de cet accord doivent être déterminantes quant à ce que les parties ont voulu que soit la nature de leurs relations. En d'autres termes, en l'absence de convention écrite ou de dispositions contractuelles explicites, la conduite des parties peut prendre, dans l'élucidation de leur intention, une importance plus grande qu'elle n'en a dans le cas où une telle convention a été conclue et où ses termes sont clairs. Aussi les termes de conventions de prise en charge méritent-ils un examen attentif, même si la conduite subséquente des parties peut également entrer en ligne de compte dans la détermination faite par le tribunal.

Différents types de clauses «de réserve de droits» ont été examinées par les tribunaux, qui sont arrivés à des résultats contradictoires. Dans l'affaire *Central Trust Co. v. Bartlett*, précitée, le droit de rachat afférent à certains biens-fonds avait fait l'objet de plusieurs cessions. Chaque cessionnaire avait signé une convention de prise en charge contenant une clause qui réservait toutes les garanties prises par la créancière hypothécaire à l'égard de l'hypothèque. La cour a dit dans cette affaire-là que, comme la convention de prise en charge stipulait expressément que Bartlett ne devait pas être dégagé de sa responsabilité, cela militait contre toute conclusion à la novation.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a étudié l'effet de telles clauses pour la première fois dans l'arrêt *Prospect Mortgage*, précité. Dans cette affaire, la société créancière hypothécaire avait tenté de forcer Van-5 à respecter son engagement de payer quand le produit de la vente des biens-fonds hypothéqués s'était révélé insuffisant. Lors de l'achat du bien-fonds en question, Van-5 avait signé une convention renfermant la clause suivante:

... the Covenantors further covenant and agree with the Mortgagee that the liability of the covenantors under this Mortgage shall not be released or affected in any manner whatsoever by any acts, omission or thing whatsoever done by or consented to by the Mortgagee or the Mortgagor except for the payment in full of the principal monies, interest and all other monies secured by this Mortgage.

Van-5 sold its interest to the purchasers who also signed an agreement with Prospect. By the terms of the agreement, the interest rate on the mortgage was to remain the same although the amount of the monthly payments was increased. The agreement also contained a "no prejudice" clause. Van-5 contended that it was no longer liable on the covenant since there had been a novation of the mortgage when it sold its interest to a subsequent purchaser who entered into an agreement on different terms. Esson J.A. held that the language of the modification agreement by itself did not effect a novation. Indeed, he noted that the language in fact expressed a contrary intention on the part of Prospect. Esson J.A. continued at p. 27:

On this issue, however, the language of the new agreement is not conclusive against the covenantors who, of course, are not parties to it. There are matters raised in the affidavits submitted by the covenantors which may be capable of establishing an intention by the creditor, notwithstanding the language of the agreement, to accept a new contract in full satisfaction of and in substitution for the old.

On this basis the court refused the petitioner's application for personal judgment and directed a trial of the novation issue.

The following year in *Re Bank of Nova Scotia and Vancouver Island Renovating Inc.*, *supra*, Macfarlane J.A. of the same court took a very similar approach to Esson J.A. In that case both the original mortgage and the renewal agreement contained similar clauses to those in *Prospect Mortgage*. Macfarlane J.A. refused to treat these

[TRADUCTION] [...] les auteurs de l'engagement conviennent en outre avec la créancière hypothécaire que, mis à part le paiement intégral du capital, de l'intérêt et de toute autre somme garantie par la présente hypothèque, aucun acte ni aucune omission commis par la créancière ou le débiteur hypothécaires ou auxquels ils ont consenti ne dégage lesdits auteurs de l'engagement de leur responsabilité en vertu de la présente hypothèque ni n'a aucun autre effet sur cette responsabilité.

Van-5 a vendu son droit aux acheteurs, qui ont eux aussi signé une convention avec Prospect. Aux termes de la convention, le taux d'intérêt hypothécaire demeurerait identique, mais les mensualités étaient augmentées. La convention comportait en outre une clause «de réserve de droits». Van-5 a fait valoir qu'elle n'avait plus aucune responsabilité fondée sur l'engagement de payer parce que l'hypothèque avait fait l'objet d'une novation quand elle avait vendu son droit à un acquéreur subséquent, qui a conclu une convention dont les modalités étaient différentes. Le juge Esson a statué que les termes de la convention modificative n'opéraient pas par eux-mêmes une novation. Il a fait remarquer en fait qu'ils exprimaient même l'intention contraire de la part de Prospect. Le juge Esson poursuit, à la p. 27:

[TRADUCTION] Sur cette question, toutefois, les termes de la nouvelle convention ne sont pas déterminants à l'endroit des auteurs de l'engagement, qui, bien entendu, n'y sont pas parties. Il est des points soulevés dans les affidavits produits par les auteurs de l'engagement dont on peut dégager, indépendamment du libellé de la convention, une intention chez la créancière hypothécaire d'accepter un nouveau contrat en pleine exécution et substitution de l'ancien contrat.

Sur ce fondement, la cour a rejeté la demande de la requérante en jugement personnel et a ordonné que la question de la novation fasse l'objet d'une instruction.

L'année suivante, dans l'affaire *Re Bank of Nova Scotia and Vancouver Island Renovating Inc.*, précitée, le juge Macfarlane de la même cour a adopté un point de vue fort semblable à celui du juge Esson. Il s'agit là d'une affaire où l'acte constitutif d'hypothèque primitif et la convention de renouvellement contenaient tous les deux des clauses semblables à celles en cause dans l'affaire *Prospect Mortgage*. Le juge Macfarlane a refusé

provisions as determinative and articulated the following rationale for his refusal at p. 565:

So far as the without prejudice clause in the renewal agreement is concerned, it is not binding on the mortgagors because the mortgagors were not parties to that agreement. The clause is, however, circumstantial evidence which may be looked at in considering whether it was the intention of the bank to accept Van Isle in the place of the Pearsons as mortgagors and to substitute the new agreement with Van Isle for the old agreement with the Pearsons. Similarly, the clause in the original mortgage entitled "Extension of Time" is a clause that can be looked at as circumstantial evidence in determining whether the original mortgagors are bound or not.

In the result the court looked to the conduct of the parties to determine the novation issue. It found that the intention of the bank was to deal with Van Isle alone and therefore the bank had to be taken as accepting the new contract in substitution for the old one.

The judgment of the same court in *Eaton Bay Trust Co. v. Ling*, *supra*, seems to be very much at odds with both of the previous decisions. In that case Lynch sold his property to Ling, who in turn assumed the mortgage at a higher interest rate with the mortgagee. Ling did not execute a formal assumption agreement and did not give Eaton Bay a personal covenant. Lynch's mortgage contained a "no prejudice" clause. When the mortgage fell into arrears, Eaton Bay sued Lynch on his personal covenant. Lynch argued that there had been a novation as the terms of the mortgage had been amended without his notice or consent.

Carrothers J.A. rejected Lynch's argument on the following grounds. He held that, in the usual course of events, material changes in terms would be a strong indication that there had been a novation of the mortgage. This, he held, was a consequence of the dual aspect of a mortgage, i.e. the pledge of land and the personal covenant. Carroth-

de considérer ces clauses comme déterminantes, motivant ainsi son refus, à la p. 565:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la clause «sous toutes réserves» figurant dans la convention de renouvellement, elle ne lie pas les débiteurs hypothécaires parce que ces derniers n'ont pas été parties à cette convention. La clause constitue néanmoins une preuve circonstancielle dont on peut tenir compte en examinant si la banque a eu l'intention d'accepter Van Isle à la place des Pearson à titre de débiteur hypothécaire et de substituer à l'ancienne convention avec les Pearson la nouvelle intervenue avec Van Isle. De même, la clause portant la rubrique «Prorogation d'échéance» que contenait l'acte constitutif d'hypothèque primitif peut être considérée comme une preuve circonstancielle aux fins de déterminer si, oui ou non, les débiteurs hypothécaires originaires sont liés.

En définitive, la cour a tenu compte de la conduite des parties pour trancher la question de la novation. Elle a conclu que l'intention de la banque avait été de ne traiter qu'avec Van Isle et qu'elle devait en conséquence être considérée comme ayant accepté le nouveau contrat en substitution de l'ancien.

L'arrêt rendu par la même cour dans l'affaire *Eaton Bay Trust Co. v. Ling*, précitée, semble diamétralement opposé aux deux arrêts antérieurs. Dans cette affaire, Lynch avait vendu son bien-fonds à Ling qui, lui, a pris en charge l'hypothèque consentie à la créancière hypothécaire, mais à un taux d'intérêt plus élevé. Ling n'a pas signé de convention de prise en charge en bonne et due forme ni ne s'est engagé personnellement envers Eaton Bay. L'hypothèque de Lynch contenait une clause «sous toutes réserves». Quand il prit du retard dans le paiement de l'hypothèque, Eaton Bay a engagé contre Lynch une action fondée sur son engagement personnel. Lynch a allégué la novation du fait que les conditions de l'hypothèque avaient été modifiées à son insu et sans son consentement.

Le juge Carrothers de la Cour d'appel a rejeté l'argument de Lynch pour les motifs suivants: Il a dit qu'en temps normal des changements substantiels dans les conditions constitueraient une forte indication qu'il y avait eu novation de l'hypothèque. Cela, a-t-il statué, résultait de la dualité de l'hypothèque, qui est une garantie portant sur un

ers J.A. referred to his own judgment in *Canada Permanent Trust Co. v. Neumann*, *supra*, for the proposition that it was legally repugnant to have two different mortgage debts. Notwithstanding the fact that material changes had been made to the original mortgage, the court went on to hold that there had been no novation in the circumstances. It viewed the "no prejudice" clause in the original mortgage as evidencing *in futuro* consent on the part of Lynch to the kind of alterations embraced by the renewal agreement between Eaton Bay and Ling.

I am in general agreement with the decisions in *Prospect Mortgage* and *Vancouver Island* but I am uneasy with the *Ling* decision. It seems to me that the notion of *in futuro* consent may work considerable inequities in some circumstances. Given the conduct of the mortgagee in that case, I would have been inclined to hold that a novation had been effected.

The Saskatchewan Court of Appeal applied four tests of novation in the present case and found that each of them had been met. The court noted that it was permitted to take all the circumstances into account. In doing so the court not only considered the language of the Assumption Agreement but as well took into account the fact that National Trust had discontinued its action against Remai. Cameron J.A. held that this action supported an inference that National Trust both accepted Mead as principal debtor and accepted the new contract in full satisfaction of and substitution for the old contract (the second and third tests).

The Assumption Agreement executed by Mead contained the following provision regarding release of Remai:

2. It is agreed that the Mortgagee may at any time and in such manner as it thinks fit release the Mortgagor named in the said mortgage from any or all of the covenants therein contained and that neither such release nor anything herein contained nor anything done

bien-fonds et qui comporte en même temps une garantie personnelle. Le juge Carrothers a invoqué son propre arrêt dans l'affaire *Canada Permanent Trust Co. v. Neumann*, précitée, à l'appui de la proposition selon laquelle la coexistence de deux dettes hypothécaires différentes était juridiquement inadmissible. Malgré le fait que des modifications substantielles avaient été apportées à l'hypothèque primitive, la cour a conclu qu'il n'y avait pas eu de novation dans les circonstances. Elle a vu la clause «de réserve de droits» comprise dans l'acte constitutif d'hypothèque primitif comme une preuve du consentement *in futuro* de Lynch au genre de modifications contenues dans la convention de renouvellement intervenue entre Eaton Bay et Ling.

J'approuve généralement les arrêts *Prospect Mortgage* et *Vancouver Island*, mais l'arrêt *Ling* me trouble. Il me semble en effet que la notion d'un consentement *in futuro* peut dans certaines circonstances être génératrice de grandes injustices. Compte tenu de la conduite de la créancière hypothécaire dans cette affaire-là, j'aurais incliné à conclure à la novation.

La Cour d'appel de la Saskatchewan a appliqué quatre critères afin de déterminer s'il y avait eu novation en l'espèce et a décidé que chacun de ces critères avait été rempli. La cour a fait remarquer qu'il était permis de tenir compte de toutes les circonstances. En ce faisant, la cour a pris en considération non seulement les termes de la convention de prise en charge, mais aussi le fait que National Trust s'était désistée de son action contre Remai. Le juge Cameron a dit qu'on pouvait en inférer que National Trust acceptait Mead comme débiteur principal et qu'elle acceptait le nouveau contrat en pleine satisfaction et substitution de l'ancien contrat (les deuxième et troisième critères).

La convention de prise en charge conclue par Mead contenait la clause suivante concernant la libération de Remai de sa responsabilité:

[TRADUCTION] 2. Il est convenu que la créancière hypothécaire peut à n'importe quel moment et de la manière qu'elle juge convenable dégager le débiteur hypothécaire nommé dans ledit acte constitutif d'hypothèque de l'un ou de l'ensemble des engagements y

pursuant hereto shall affect or be construed to affect the lien, charge or encumbrance of or conveyance effected by the said mortgage, or the priority thereof over other liens, charges, encumbrances, or conveyances, or, except as expressly provided by any such release of the Mortgagor, to release or affect the liability of the Purchaser or of any party or parties whomsoever who may now be or hereafter become liable to the Mortgagee under or on account of the said mortgage; nor shall anything herein contained or done in pursuance hereof affect or be construed to affect any other security or instrument, if any, held by the Mortgagee as security for the aforesaid mortgage indebtedness. [Emphasis added.]

The Court of Appeal construed this clause as effecting the release of Remai. With great respect, I think it was in error in so doing. In this provision Mead agrees with National Trust that National Trust is free in the future to release the original mortgagor and that, should it do so, Mead's liability would in no way be affected. Such a provision, in my opinion, does not effect a novation. Its effect, as I see it, is to preserve National Trust's remedies against both Remai and Mead until such time as National Trust releases Remai. It cannot itself be construed as a present release of Remai such as would be necessary in order to replace Remai with Mead as principal debtor.

This conclusion is, in my opinion, strengthened when the terms of the original mortgage are taken into consideration. That mortgage contained a "no prejudice" clause which read:

20. NO extension of time given by the Mortgagee to the Mortgagor or any one claiming under the Mortgagor, nor any other dealing by the Mortgagee with the owner of the equity of redemption in the Mortgaged Premises shall in any way affect or prejudice the rights of the Mortgagee against the Mortgagor or any other person liable for the payment of the moneys secured by this Mortgage. No forbearance by the Mortgagee to seek any remedy for breach of any covenant, agreement, provision or proviso contained in this Mortgage shall operate as a waiver of any rights or remedies of the

énoncés et que ni cette décharge, ni aucune disposition des présentes, ni aucun acte accompli en exécution des présentes ne touche ni ne doit s'interpréter comme touchant le privilège ou la charge résultant de ladite hypothèque, ou la cession effectuée par celle-ci ou la priorité qu'a cette hypothèque sur tout autre privilège, charge ou cession, ni, sauf disposition expresse d'une telle décharge du débiteur hypothécaire, n'écarte pas ni ne modifie, ni ne doit s'interpréter comme écartant ou modifiant, la responsabilité de l'acheteur ou de toute partie qui est maintenant ou qui pourra devenir responsable envers la créancière hypothécaire en vertu ou en raison de ladite hypothèque. De plus, aucune disposition des présentes ni aucun acte accompli en exécution des présentes ne touche ni ne doit s'interpréter comme touchant toute autre garantie ou tout autre acte, s'il en est, détenu par la créancière hypothécaire en garantie de la dette hypothécaire susdite. [Je souligne.]

La Cour d'appel a interprété cette clause comme dégageant Remai de sa responsabilité. Avec égards, je crois que c'est là une erreur de sa part. Dans cette clause Mead convient avec National Trust que celle-ci sera désormais libre de décharger le débiteur hypothécaire originaire et que, si elle le fait, cela ne changera en rien la responsabilité de Mead. Une telle disposition, selon moi, n'opère pas de novation. Son effet, à mon sens, est de maintenir les recours pouvant être exercés par National Trust à la fois contre Remai et contre Mead jusqu'à ce que National Trust dégage Remai de sa responsabilité. Elle ne saurait par elle-même s'interpréter comme le genre de décharge actuelle de Remai qui serait nécessaire pour que Mead soit substitué à Remai en tant que débiteur principal.

Cette conclusion est renforcée, à mon avis, quand on prend en considération les conditions de l'hypothèque primitive. Celle-ci contenait une clause «de réserve de droits» ainsi libellée:

[TRADUCTION] 20. AUCUNE prorogation d'échéance accordée par la créancière hypothécaire au débiteur hypothécaire ou à tout ayant cause de celui-ci, ni aucun autre arrangement intervenu entre la créancière hypothécaire et le titulaire du droit de rachat afférent au bien-fonds grevé de l'hypothèque ne préjudicie d'aucune manière aux droits de la créancière hypothécaire à l'égard du débiteur hypothécaire ou de toute autre personne tenue du paiement des fonds garantis par l'hypothèque. Aucune abstention de la créancière hypothécaire de demander un redressement pour le manquement à un

Mortgagee with respect to such or any subsequent or other breach. [Emphasis added.]

This clause confirms that there was no intention on the part of National Trust to release Remail. Taken together, these provisions are a strong indication that the assumption of the debt by Mead was not accepted by National Trust in full consideration and substitution of Remail's obligation. The question therefore becomes whether the conduct of the parties can negative that indication.

The action of National Trust in discontinuing its suit against Remail could be construed as supporting an inference that the trust company was no longer looking to Remail for satisfaction of the debt. Indeed, the Court of Appeal viewed it in that light. With respect, I think that the Court of Appeal erred in so doing. I think it attributed too much significance to the discontinuance of National Trust's action against Remail. While I appreciate that the Assumption Agreement contemplated that National Trust could release Remail "at any time and in such manner as it thinks fit", I believe that its conduct in discontinuing its action against Remail is equivocal, particularly in light of Rule 198(4) of the *Saskatchewan Queen's Bench Rules* which states that discontinuance of an action shall not be a defence to any subsequent action against the party. Since discontinuance does not preclude a litigant from bringing the action at a later date, it is not, in my view, an adequate basis on which to find an intention to release the original mortgagor. It does not constitute the kind of compelling circumstance necessary to found a novation.

No other circumstances were presented as indicating that novation occurred. Since I have found that there was no intention on the part of

engagement, à un accord, à une condition ou à une stipulation contenus dans le présent acte constitutif d'hypothèque n'a l'effet d'une renonciation à des droits ou à des recours pouvant être exercés par la créancière hypothécaire à l'égard de ce manquement ou de tout autre manquement. [Je souligne.]

Cette clause confirme l'absence d'intention de la part de National Trust de dégager Remail de sa responsabilité. Prises ensemble, ces dispositions constituent une forte indication que National Trust n'a pas accepté la prise en charge de la dette par Mead en plein acquittement et en pleine substitution de l'obligation de Remail. La question qui se pose est donc de savoir si la conduite des parties vient neutraliser cette indication.

Le fait que National Trust se soit désistée de son action contre Remail peut s'interpréter comme appuyant l'inférence selon laquelle la société de fiducie ne comptait plus sur Remail pour le paiement de la dette. C'est là d'ailleurs le point de vue qu'a adopté la Cour d'appel. Avec égards, je crois qu'en cela elle a eu tort. J'estime en effet qu'elle a attaché trop d'importance au désistement par National Trust de son action contre Remail. Bien que je me rende compte de ce que la convention de prise en charge envisageait que National Trust puisse dégager Remail de sa responsabilité «à n'importe quel moment et de la manière qu'elle juge[ait] convenable», je crois que son désistement de son action contre Remail est une conduite équivoque, surtout compte tenu du par. 198(4) des *Saskatchewan Queen's Bench Rules*, qui porte que le désistement d'une action ne peut être invoqué comme moyen de défense dans le cadre d'une action subséquente contre la même partie. Comme le désistement n'empêche pas une partie d'intenter l'action à une date ultérieure, il ne représente pas, selon moi, un fondement suffisant pour une conclusion à l'existence d'une intention de dégager le débiteur hypothécaire originaire de sa responsabilité. Il ne constitue pas le genre de circonstance déterminante qui est nécessaire pour fonder une novation.

Aucune autre circonstance n'a été alléguée comme indiquant qu'il y a eu novation. Puisque je conclus que National Trust n'a pas eu l'intention

National Trust to release Remai, it follows that the test for novation has not been met.

7. Disposition

I would dismiss the appeal on the combined interpretation of the Act and the Assumption Agreement. The respondent, David Mead, is entitled to his costs.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J.—I agree with Wilson J.'s conclusions and reasons, subject to the following comment. I view ss. 2(2)(d) and 40(2) of the Act as involving a facial conflict, which I would resolve by recourse to legislative intention, and in particular the intention of the legislature to benefit the non-corporate borrower.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Pederson, Rourke, Pinch, Saskatoon.

Solicitors for the respondents: Rendek, McCrank, Halvorsen, Canham, Regina.

de dégager Remai de sa responsabilité, il s'ensuit qu'on n'a pas satisfait au critère à appliquer pour qu'il y ait novation.

7. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi en me fondant sur l'interprétation de la Loi et de la convention de prise en charge. L'intimé David Mead a droit à ses dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Je souscris aux conclusions et aux motifs du juge Wilson, sous réserve de l'observation suivante. Je considère que l'al. 2(2)d et le par. 40(2) de la Loi sont en conflit apparent et je le résoudrais en ayant recours à l'intention du législateur et en particulier l'intention de la part de la législature d'avantager l'emprunteur individuel.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Pederson, Rourke, Pinch, Saskatoon.

Procureurs des intimés: Rendek, McCrank, Halvorsen, Canham, Regina.