

**Manulife Bank of Canada** *Appellant*

v.

**John Joseph Conlin** *Respondent*

INDEXED AS: MANULIFE BANK OF CANADA v. CONLIN

File No.: 24499.

1996: May 30; 1996: October 31.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Mortgages — Guarantee — Renewal agreement — Release of guarantor from liability — Mortgagor's husband guaranteeing mortgage — Mortgage clause providing that guarantors liable "as principal debtors and not as sureties" — Guarantee to remain binding "notwithstanding the giving of time for payment . . . or the varying of the terms of payment" — Mortgagor renewing mortgage at different interest rate — Renewal agreement not signed by guarantor — Whether guarantor waived equitable right to be released when principal loan renewed.*

*Courts — Jurisdiction — Mortgagor defaulting on mortgage — Bank obtaining summary judgment against mortgagor and guarantor — Whether Court of Appeal exceeded its jurisdiction in setting aside judgment and dismissing action against guarantor.*

The respondent guaranteed a mortgage for a three-year term with an interest rate of 11.5 percent per annum which his wife had provided as security for a loan from the appellant bank. In clause 34 of the mortgage agreement, the guarantors promised, as "principal debtors and not as sureties", to pay the money secured by the mortgage. The guarantee was to remain binding "notwithstanding the giving of time for payment of this mortgage or the varying of the terms of payment hereof or the rate of interest hereon". Shortly before the mortgage was to mature, the mortgagor and the bank executed an agreement which renewed the mortgage for a further three-year term at a yearly interest rate of 13 percent. The renewal forms provided spaces for the signature of the "registered owner" and the "guarantor", but

**Banque Manuvie du Canada** *Appelante*

c.

**John Joseph Conlin** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: BANQUE MANUVIE DU CANADA c. CONLIN

N° du greffe: 24499.

1996: 30 mai; 1996: 31 octobre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Hypothèques — Cautionnement — Convention de renouvellement — Libération de la caution — Cautionnement de l'hypothèque par l'époux de la débitrice hypothécaire — Clause de l'hypothèque prévoyant que les cautions sont responsables «à titre de débiteurs principaux et non de cautions» — Cautionnement devant demeurer valide «nonobstant l'attribution d'un délai de paiement [. . .] ou la modification de[s] conditions de paiement» — Débitrice hypothécaire renouvelant l'hypothèque à un taux d'intérêt différent — Convention de renouvellement non signée par la caution — La caution a-t-elle renoncé à son droit en equity d'être libérée lorsque le prêt principal a été renouvelé?*

*Tribunaux — Compétence — Défaut de paiement de l'hypothèque de la part de la débitrice hypothécaire — Banque obtenant un jugement sommaire contre la débitrice hypothécaire et la caution — La Cour d'appel a-t-elle excédé sa compétence en infirmant le jugement et en rejetant l'action intentée contre la caution?*

L'intimé s'est porté garant d'une hypothèque de trois ans, portant intérêt au taux de 11,5 pour 100 par année, que sa femme avait offerte en garantie de remboursement d'un prêt obtenu auprès de la banque appelante. À la clause 34 de la convention hypothécaire, les cautions se sont engagées, «à titre de débiteurs principaux et non de cautions», à rembourser la somme garantie par l'hypothèque. Le cautionnement devait demeurer valide «nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de la présente hypothèque ou la modification de ses conditions de paiement ou de son taux d'intérêt». Peu avant que l'hypothèque vienne à échéance, la débitrice hypothécaire et la banque ont signé une convention de renouvellement de l'hypothèque pour une autre période de trois ans, à un taux d'intérêt de 13 pour 100 par année.

the agreement was signed only by the mortgagor. The mortgagor defaulted on the mortgage, and the bank obtained a summary judgment against the mortgagor and the guarantors for the principal owing under the mortgage with interest at 13 percent per annum. The Court of Appeal, in a majority decision, set aside the judgment and dismissed the action against the respondent guarantor. This appeal is to determine (1) whether the Court of Appeal exceeded its jurisdiction in allowing the appeal and dismissing the action, rather than sending the matter back to trial, and (2) whether under the terms of the loan agreement, the respondent was released from his promise to pay the principal sum and other moneys secured by the mortgage when the term of the mortgage was extended and the rate of interest increased, without notice to him.

*Held* (L'Heureux-Dubé, Gonthier and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

#### (1) *Jurisdiction*

The Court of Appeal has jurisdiction to make any order or decision that ought to or could have been made by the court or tribunal appealed from. Considered in light of Rule 1.04(1), which provides that the rules are to be liberally construed, Rules 20.04(2) and (4) of the *Rules of Civil Procedure* gave the motions court judge the jurisdiction to dismiss the action against the respondent. The judge could either have found that there was no genuine issue for trial or he could have found that the only genuine issue was an issue of law. In either case, it would have been within his jurisdiction and, by extension, within the jurisdiction of the Court of Appeal, to dispose of the matter by dismissing the appellant's claim. The appellant was not deprived of its right to have its case fully heard and to test all of the respondent's evidence. Under Rule 39.02(1), a party to a motion may cross-examine the deponent of any affidavit served by a party who is adverse in interest on the motion. The appellant chose not to exercise this right and left the respondent's evidence unchallenged.

#### (2) *Release from liability*

*Per* La Forest, Sopinka, Cory and Major JJ.: It has long been clear that a guarantor will be released from liability on the guarantee in circumstances where the creditor and the principal debtor agree to a material alteration of the terms of the contract of debt without the consent of the guarantor. A surety can contract out of the protection provided to a guarantor by the common

Les formules de renouvellement comportaient un espace pour la signature du «propriétaire enregistré» et de la «caution», mais la convention n'a été signée que par la débitrice hypothécaire. Il y a eu défaut de paiement de l'hypothèque de la part de la débitrice hypothécaire et la banque a obtenu un jugement sommaire contre la débitrice hypothécaire et les cautions pour le capital dû en vertu de l'hypothèque, avec intérêts au taux de 13 pour 100 par année. La Cour d'appel à la majorité a infirmé le jugement et rejeté l'action intentée contre la caution intimé. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si la Cour d'appel a excédé sa compétence en accueillant l'appel et en rejetant l'action, au lieu de renvoyer l'affaire au procès, et (2) si, en vertu des conditions de la convention de prêt, l'intimé a été libéré de sa promesse de payer le capital et les autres sommes garantis par l'hypothèque, lorsque l'hypothèque a été prorogée et le taux d'intérêt augmenté, sans qu'il en soit informé.

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

#### (1) *Compétence*

La Cour d'appel a compétence pour rendre l'ordonnance ou la décision que le tribunal dont il y a appel aurait dû ou pu rendre. À la lumière du par. 1.04(1) des Règles, qui prévoit que les règles doivent recevoir une interprétation large, les par. 20.04(2) et (4) des *Règles de procédure civile* conféraient au juge des requêtes compétence pour rejeter l'action intentée contre l'intimé. Le juge aurait pu conclure soit qu'il n'y avait pas de question litigieuse soit que la seule question litigieuse portait sur une question de droit. Dans un cas comme dans l'autre, lui-même et, par extension, la Cour d'appel auraient eu compétence pour trancher l'affaire en rejetant la demande de l'appelante. On n'a pas refusé à l'appelante le droit de faire entendre pleinement sa preuve et de vérifier l'exactitude de tout le témoignage de l'intimé. En vertu du par. 39.02(1) des Règles, une partie à une requête peut contre-interroger le déposant d'un affidavit signifié par une partie ayant des intérêts opposés relativement à cette requête. L'appelante a choisi de ne pas exercer ce droit et de ne pas contester le témoignage de l'intimé.

#### (2) *Libération de responsabilité*

*Les juges* La Forest, Sopinka, Cory et Major: Il est clair depuis longtemps que la caution est libérée de sa responsabilité en vertu du cautionnement lorsque le créancier et le débiteur principal conviennent d'apporter une modification importante aux conditions de la dette contractuelle sans son consentement. Une caution peut renoncer par contrat à la protection que lui accorde la

law or equity, but any contracting out of the equitable principle must be clear. The issue as to whether a surety remains liable will be determined by interpreting the contract between the parties and determining the intention of the parties as demonstrated by the words of the contract and the events and circumstances surrounding the transaction as a whole. If there is any ambiguity in the terms used in the guarantee, the words of the documents should be construed against the party which drew it, by applying the *contra proferentem* rule. As well, this Court has stated that the surety is a favoured creditor in the eyes of the law whose obligation should be strictly examined and strictly enforced. The guarantor in this case comes within the class of accommodation sureties, or those who enter into the guarantee in the expectation of little or no remuneration. The law has protected such guarantors by strictly construing their obligations and limiting them to the precise terms of the contract of surety.

Clause 34 and clause 7, dealing with renewal or extension of time, unambiguously indicate that the respondent was not bound by the renewal agreement. If the guarantor is to be treated as a principal debtor and not as a guarantor, then the failure of the bank to notify the respondent of the renewal agreement and the new terms of the contract must release him from his obligations since he is not a party to the renewal. Moreover, even if it were thought that the principal debtor clause does not convert the guarantor into a principal debtor, the equitable or common law rules relieving the surety from liability where the contract has been materially altered by the creditor and the principal debtor without notice to the surety would apply, in the absence of an express agreement to the contrary. Two aspects of the renewal agreement itself lead to the conclusion that the guarantor is not to be bound. First, the renewal agreement is once again a standard form prepared and used by the bank and it calls for the signature of the guarantor. Secondly, the renewal agreement states that the terms of the old mortgage will form part of the agreement, and by doing so indicates that this is a new agreement rather than merely an extension of an old agreement. Further, clause 7 of the original mortgage specifically distinguishes between extensions and renewals both in its heading and in its text. The failure to refer to a renewal agreement or even to a renewal in clause 34 strongly suggests that it has no application to a renewal. The words used in clauses 34 and 7 are sufficiently clear to conclude that the guarantor did not waive his equitable and common law rights either as a principal debtor or as a guarantor. If the wording of the two clauses should be found to be ambiguous, the *con-*

common law ou l'*equity*, mais toute renonciation par contrat au principe d'*equity* doit être claire. Pour savoir si la responsabilité de la caution subsiste, il faut interpréter le contrat liant les parties et déterminer leur intention eu égard aux mots qu'elles ont utilisés et aux circonstances de l'ensemble de l'opération. Il y a lieu d'appliquer la règle *contra proferentem* selon laquelle une clause de cautionnement ambiguë doit être interprétée au détriment de la partie qui l'a rédigée. De même, notre Cour a affirmé que la caution est, aux yeux de la common law, un créancier privilégié dont l'obligation devrait être interprétée et exécutée strictement. La caution, dans la présente affaire, tombe dans la catégorie des cautions de complaisance, ou de celles qui ont conclu le contrat de cautionnement en espérant peu de rétribution, si ce n'est aucune. La loi a protégé ces cautions en interprétant leurs obligations de façon stricte et en les limitant aux conditions précises du contrat de cautionnement.

La clause 34 et la clause 7, qui porte sur le renouvellement ou la prorogation de délai, indiquent nettement que l'intimé n'était pas lié par la convention de renouvellement. S'il faut traiter la caution comme un débiteur principal et non comme une caution, alors le défaut de la banque d'aviser l'intimé de la convention de renouvellement et des nouvelles conditions du contrat doit le libérer de ses obligations étant donné qu'il n'est pas partie au renouvellement. De plus, même si l'on pensait que la clause de débiteur principal ne transforme pas la caution en un débiteur principal, les règles d'*equity* et de common law qui libèrent la caution de sa responsabilité, lorsque le créancier et le débiteur principal ont modifié sensiblement le contrat sans l'aviser, s'appliqueraient, en l'absence d'un consentement explicite à ce qu'il en soit autrement. Deux aspects de la convention de renouvellement elle-même mènent à la conclusion que la caution ne doit pas être liée. Premièrement, la convention de renouvellement est une formule type préparée et utilisée par la banque, qui requiert la signature de la caution. Deuxièmement, la convention de renouvellement prévoit que les conditions de l'ancienne hypothèque feront partie de la convention, indiquant ainsi qu'il s'agit d'une nouvelle convention plutôt qu'une simple prorogation de l'ancienne. En outre, la clause 7 de l'hypothèque initiale distingue expressément les prorogations des renouvellements, tant dans sa rubrique que dans son texte même. L'absence de mention d'une convention de renouvellement ou même d'un renouvellement dans la clause 34 donne fortement à penser qu'elle ne s'applique pas à un renouvellement. Les mots utilisés dans les clauses 34 et 7 sont suffisamment clairs pour conclure que la caution n'a pas renoncé aux droits que

*tra proferentem* rule must be applied against the bank. The wording of clause 34 binding the guarantor to variations in the event of an extension of the mortgage should not be applied to bind the guarantor to a renewal without notice since there is ambiguity as to whether clause 34 applies to renewals at all. In these circumstances as well, the guarantor should be relieved of liability.

*Per Gonthier and Iacobucci JJ. (dissenting):* Clause 34 amounts to a waiver of the respondent's right to be discharged as a result of a material variation of the principal contract. Guarantee contracts are basically contracts, like any others, and should be construed according to the ordinary rules of contractual interpretation. The cardinal interpretive rule of contracts is that the court should give effect to the intentions of parties as expressed in their written document. The court will deviate from the plain meaning of the words only if a literal interpretation of the contractual language would lead either to an absurd result or to a result which is plainly repugnant to the intention of the parties. By clause 34, the guarantors agree to remain bound by the guarantee contract notwithstanding the giving of time for payment of the mortgage or the varying of the rate of interest. While clause 34 does not refer to "renewal" agreements by name, it does contain a clear waiver of the guarantors' right to be discharged in the event of an extension of time or an increase in the rate of interest. The plain ordinary meaning of the words "the giving of time for payment . . . or the varying of the terms of payment" encompasses the renewal agreement. While the parties used a renewal agreement, at bottom, that renewal agreement extended the time for payment and increased the interest rate, events that are expressly covered in clause 34. Under clause 34, the bank did not have to notify the guarantors of the renewal agreement. The language of the clause is clear, and it would be odd to infer a condition of notice when the undertaking is so clear and unambiguous. As "principal debtors", the guarantors would not be expected to sign the renewal agreement. The evident intention of the parties, in using this kind of language, was to preserve the liability of the surety even in circumstances where the principal obligation was no longer enforceable. The space for the guarantors' signature on the renewal agreement is not helpful in trying to interpret the guarantee contract, since the wording or form of another subsequent contract, entered into three years later, cannot change the meaning of the

*l'équité* et la common law lui confèrent à titre de débiteur principal ou de caution. Si l'on conclut que le texte des deux clauses est ambigu, il faut appliquer la règle *contra proferentem* au détriment de la banque. Le texte de la clause 34 liant la caution aux modifications qui peuvent être apportées en cas de prorogation de l'hypothèque ne devrait pas être interprété de manière à lier la caution à un renouvellement effectué sans donner avis, étant donné qu'il y a ambiguïté quant à savoir si la clause 34 s'applique de quelque façon que ce soit aux renouvellements. Dans ces circonstances aussi, la caution devrait être libérée de sa responsabilité.

*Les juges Gonthier et Iacobucci (dissidents):* La clause 34 équivaut à une renonciation par l'intimé au droit d'être libéré en raison d'une modification importante du contrat principal. Les contrats de cautionnement sont au fond des contrats comme les autres, qui devraient être interprétés selon les règles ordinaires d'interprétation des contrats. La principale règle d'interprétation des contrats veut que les tribunaux mettent à exécution les intentions que les parties ont exprimées dans leur document écrit. La cour ne s'écartera du sens ordinaire des mots que si une interprétation littérale des termes du contrat menait à un résultat absurde ou à un résultat nettement inconciliable avec l'intention des parties. À la clause 34, les cautions consentent à rester liées par le contrat de cautionnement nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de l'hypothèque ou la modification du taux d'intérêt. Bien qu'elle ne mentionne pas expressément les conventions de «renouvellement», la clause 34 contient une renonciation claire au droit des cautions d'être libérées dans le cas d'une prorogation de délai ou d'une augmentation du taux d'intérêt. Le sens clair et ordinaire des mots «l'attribution d'un délai de paiement [. . .] ou la modification de[s] conditions de paiement» comprend la convention de renouvellement. Bien que les parties aient conclu une convention de renouvellement, au fond, cette convention de renouvellement prorogait le délai de paiement et augmentait le taux d'intérêt, ce qui était expressément prévu à la clause 34. En vertu de la clause 34, la banque n'était pas tenue d'aviser les cautions de la convention de renouvellement. Le texte de cette clause est clair et il serait étrange de déduire l'existence d'une exigence d'avis en présence d'un engagement aussi clair et net. On ne s'attendrait pas à ce que, à titre de «débiteurs principaux», les cautions soient signataires de la convention de renouvellement. Les parties avaient manifestement l'intention, en utilisant cette terminologie, de maintenir la responsabilité de la caution même dans le cas où l'obligation principale ne pourrait plus être exécutée. L'espace prévu pour la signature de la caution dans la con-

original agreement. The respondent promised to guarantee the payment of the money secured by the original mortgage, and the terms of that mortgage thus determine the extent of his liability. The respondent is not liable for interest at the increased rate of 13 percent, but simply to repay the balance owing on the principal sum with interest charged at 11.5 percent per annum.

*Per* L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Subject to the following comment, Iacobucci J.'s reasons are substantially agreed with. Courts should generally use the "modern contextual approach" as the standard, normative approach to judicial interpretation, and may exceptionally resort to the old "plain meaning" rule in appropriate circumstances. To determine the appropriate definition of the phrase "the giving of time for payment . . . or the varying of the terms of payment" in the present context, Iacobucci J. reviewed the provisions in their immediate context, the contract as a whole, the consequences of proposed interpretations, the applicable presumptions and rules of interpretation, and admissible external aids. This process is not an application of the "plain meaning" approach but rather an application of the "modern contextual approach" to judicial interpretation. The rules which govern the interpretation of deeds and contracts generally are essentially the same as the rules for statutory interpretation. The "modern contextual approach" for statutory interpretation, with appropriate adaptations, is equally applicable to contractual interpretation. Statutory interpretation and contractual interpretation are but two species of the general category of judicial interpretation. Here, the resulting interpretation did not come from the "plain meaning" of the words, but from their "meaning in law", because they are "legal terms of art". Where an instrument uses a legal term of art, there is a presumption that the term of art is used in its correct legal sense, and this is the presumption that is resorted to by Iacobucci J. when he makes use of admissible external aids in determining the correct meaning of the phrase "to give time".

vention de renouvellement n'est d'aucune utilité pour tenter d'interpréter le contrat de cautionnement, puisque le texte ou la forme d'un autre contrat conclu trois ans plus tard ne saurait changer le sens de la convention initiale. L'intimé a promis de garantir le paiement des sommes garanties par l'hypothèque initiale, et les conditions de cette hypothèque déterminent donc l'étendue de sa responsabilité. L'intimé est responsable non pas des intérêts calculés au taux majoré de 13 pour 100 par année, mais simplement du remboursement du solde exigible du capital, avec intérêts calculés au taux de 11,5 pour 100 par année.

*Le* juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Sous réserve du commentaire suivant, il y a accord, pour l'essentiel, avec les motifs du juge Iacobucci. Les tribunaux doivent généralement utiliser la «méthode contextuelle moderne» comme méthode normative standard d'interprétation judiciaire et ils peuvent exceptionnellement recourir à l'ancienne règle du «sens ordinaire» quand les circonstances s'y prêtent. Pour définir l'expression «l'attribution d'un délai de paiement [. . .] ou la modification de[s] conditions de paiement» dans le présent contexte, le juge Iacobucci a examiné les dispositions dans leur contexte immédiat, le contrat dans son ensemble, les conséquences des interprétations proposées, les présomptions et les règles d'interprétation applicables, ainsi que les sources acceptables d'aide extérieure. Cette démarche est une application non pas de la méthode du «sens ordinaire», mais plutôt de la «méthode contextuelle moderne» d'interprétation judiciaire. Les règles qui régissent l'interprétation des actes et des contrats en général sont essentiellement les mêmes que les règles d'interprétation des lois. La «méthode contextuelle moderne» d'interprétation des lois s'applique également, avec les adaptations nécessaires, à l'interprétation des contrats. L'interprétation des lois et l'interprétation des contrats ne sont que deux subdivisions de la grande catégorie de l'interprétation judiciaire. En l'espèce, l'interprétation qui a résulté découlait non pas du «sens ordinaire» des mots, mais plutôt de leur «sens en droit» parce que ce sont des «termes techniques propres au domaine juridique». Lorsqu'un instrument emploie un terme technique propre au domaine juridique, ce terme technique est présumé être employé dans son sens juridique exact, et c'est la présomption à laquelle recourt le juge Iacobucci lorsqu'il utilise une source acceptable d'aide extérieure pour déterminer le sens exact de l'expression «accorder un délai».

## Cases Cited

By Cory J.

**Referred to:** *Holme v. Brunskill* (1878), 3 Q.B.D. 495; *Bank of Montreal v. Wilder*, [1986] 2 S.C.R. 551; *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102; *First City Capital Ltd. v. Hall* (1993), 11 O.R. (3d) 792; *Holland-Canada Mortgage Co. v. Hutchings*, [1936] S.C.R. 165; *Alberta Opportunity Co. v. Schinnour*, [1991] 2 W.W.R. 624; *Citadel General Assurance Co. v. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 513; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Patel* (1990), 72 O.R. (2d) 109; *Co-operative Trust Co. of Canada v. Kirkby*, [1986] 6 W.W.R. 90; *Royal Trust Corp. of Canada v. Reid* (1985), 40 R.P.R. 287; *Veteran Appliance Service Co. v. 109272 Development Ltd.* (1985), 67 A.R. 117.

By Iacobucci J. (dissenting)

*Holme v. Brunskill* (1878), 3 Q.B.D. 495; *Re Rotenberg and Borough of York (No. 2)* (1976), 13 O.R. (2d) 101; *Keltic Leasing Corp. v. Curtis* (1993), 133 N.B.R. (2d) 73; *Bank of Montreal v. Wilder*, [1986] 2 S.C.R. 551; *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] S.C.R. 936; *Cornish v. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453; *Citadel General Assurance Co. v. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 513.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*River Wear Commissioners v. Adamson* (1877), 2 App. Cas. 743; *Sydall v. Castings Ltd.*, [1967] 1 Q.B. 302; *Inland Revenue Commissioners v. Williams*, [1969] 1 W.L.R. 1197.

## Statutes and Regulations Cited

*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 134(1).  
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rules 1.04(1), 20.04(2), (4), 39.02(1).

## Authors Cited

*Black's Law Dictionary*, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1979, "renewal", "extension".  
*Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "extend", "renew".  
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.

## Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Arrêts mentionnés:** *Holme c. Brunskill* (1878), 3 Q.B.D. 495; *Banque de Montréal c. Wilder*, [1986] 2 R.C.S. 551; *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102; *First City Capital Ltd. c. Hall* (1993), 11 O.R. (3d) 792; *Holland-Canada Mortgage Co. c. Hutchings*, [1936] R.C.S. 165; *Alberta Opportunity Co. c. Schinnour*, [1991] 2 W.W.R. 624; *Citadel General Assurance Co. c. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 513; *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Patel* (1990), 72 O.R. (2d) 109; *Co-operative Trust Co. of Canada c. Kirkby*, [1986] 6 W.W.R. 90; *Royal Trust Corp. of Canada c. Reid* (1985), 40 R.P.R. 287; *Veteran Appliance Service Co. c. 109272 Development Ltd.* (1985), 67 A.R. 117.

Citée par le juge Iacobucci (dissentant)

*Holme c. Brunskill* (1878), 3 Q.B.D. 495; *Re Rotenberg and Borough of York (No. 2)* (1976), 13 O.R. (2d) 101; *Keltic Leasing Corp. c. Curtis* (1993), 133 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 73; *Banque de Montréal c. Wilder*, [1986] 2 R.C.S. 551; *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Stevenson c. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] R.C.S. 936; *Cornish c. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453; *Citadel General Assurance Co. c. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 513.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*River Wear Commissioners c. Adamson* (1877), 2 App. Cas. 743; *Sydall c. Castings Ltd.*, [1967] 1 Q.B. 302; *Inland Revenue Commissioners c. Williams*, [1969] 1 W.L.R. 1197.

## Lois et règlements cités

*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 134(1).  
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, règl. 194, art. 1.04(1), 20.04(2), (4), 39.02(1).

## Doctrine citée

*Black's Law Dictionary*, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1979, «renewal», «extension».  
*Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, «extend», «renew».  
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.

*Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.  
 Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.  
 McGuinness, Kevin Patrick. *The Law of Guarantee*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 20 O.R. (3d) 499, 120 D.L.R. (4th) 234, 41 R.P.R. (2d) 283, 75 O.A.C. 117, 17 B.L.R. (2d) 143, reversing a decision of the Ontario Court (General Division) finding the respondent liable to pay under a mortgage. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Iacobucci JJ. dissenting.

*H. Stephen Lee*, for the appellant.

*Raymond F. Leach and Barbara F. Fischer*, for the respondent.

The judgment of La Forest, Sopinka, Cory and Major JJ. was delivered by

CORY J. — I have read with great interest the clear and concise reasons of Justice Iacobucci. I am in agreement with his finding that the Court of Appeal had jurisdiction to make the order dismissing the action against the respondent. However, I must differ with his conclusion that by the terms of the guarantee, the respondent waived the equitable right of a guarantor to be released upon renewal of the mortgage loan with a different term and interest rates to which the guarantor did not consent.

The Position of a Guarantor as Defined by Equity and the Common Law

It has long been clear that a guarantor will be released from liability on the guarantee in circumstances where the creditor and the principal debtor agree to a material alteration of the terms of the contract of debt without the consent of the guarantor. The principle was enunciated by Cotton L.J. in *Holme v. Brunskill* (1878), 3 Q.B.D. 495 (C.A.), at pp. 505-6, in this way:

*Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.  
 Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.  
 McGuinness, Kevin Patrick. *The Law of Guarantee*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 20 O.R. (3d) 499, 120 D.L.R. (4th) 234, 41 R.P.R. (2d) 283, 75 O.A.C. 117, 17 B.L.R. (2d) 143, qui a infirmé une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) qui avait conclu que l'intimé était responsable du paiement d'une hypothèque. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Iacobucci sont dissidents.

*H. Stephen Lee*, pour l'appelante.

*Raymond F. Leach et Barbara F. Fischer*, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Cory et Major rendu par

LE JUGE CORY — J'ai lu avec grand intérêt les motifs clairs et concis du juge Iacobucci. Je suis d'accord avec sa conclusion que la Cour d'appel avait compétence pour délivrer l'ordonnance rejetant l'action contre l'intimé. Toutefois, je dois exprimer mon désaccord avec sa conclusion qu'en vertu des conditions du cautionnement l'intimé a renoncé au droit qu'une caution possède en *equity* d'être libérée en cas de renouvellement du prêt hypothécaire où l'échéance et le taux d'intérêt sont modifiés sans son consentement.

La situation de la caution en vertu de l'*equity* et de la common law

Il est clair depuis longtemps que la caution est libérée de sa responsabilité en vertu du cautionnement lorsque le créancier et le débiteur principal conviennent d'apporter une modification importante aux conditions de la dette contractuelle sans son consentement. Ce principe est énoncé ainsi par le lord juge Cotton dans l'arrêt *Holme c. Brunskill* (1878), 3 Q.B.D. 495 (C.A.), aux pp. 505 et 506:

1

2

The true rule in my opinion is, that if there is any agreement between the principals with reference to the contract guaranteed, the surety ought to be consulted, and that if he has not consented to the alteration, although in cases where it is without inquiry evident that the alteration is unsubstantial, or that it cannot be otherwise than beneficial to the surety, the surety may not be discharged; yet, that if it is not self-evident that the alteration is unsubstantial, or one which cannot be prejudicial to the surety, the Court . . . will hold that in such a case the surety himself must be the sole judge whether or not he will consent to remain liable notwithstanding the alteration, and that if he has not so consented he will be discharged.

This rule has been adopted in a number of Canadian cases. See for example *Bank of Montreal v. Wilder*, [1986] 2 S.C.R. 551, at p. 562.

<sup>3</sup> The basis for the rule is that any material alteration of the principal contract will result in a change of the terms upon which the surety was to become liable, which will, in turn, result in a change in the surety's risk. The rationale was set out in *The Law of Guarantee* (2nd ed. 1996) by Professor K. P. McGuinness in this way, at p. 534:

The foundation of the rule in equity is certainly consistent with traditional thinking, but it is a fair question whether it is necessary to invoke the aid of equity at all in order to conclude that in a case where the principal contract is varied materially without the surety's consent, the surety is not liable for any subsequent default. Essentially, a specific or discrete guarantee (as opposed to an all accounts guarantee) is an undertaking by the surety against the risks arising from a particular contract with the principal. If that contract is varied so as to change the nature or extent of the risks arising under it, then the effect of the variation is not so much to cancel the liability of the surety as to remove the creditor from the scope of the protection that the guarantee affords. When so viewed, the foundation of the surety's defence appears in law rather than equity: it is not that the surety is no longer liable for the original contract as it is that the original contract for which the surety assumed liability has ceased to apply. In varying the principal contract without the consent of the surety, the creditor embarks upon a frolic of his own, and if misfortune occurs it occurs at the sole risk of the creditor. A law based

[TRADUCTION] La véritable règle est, à mon avis, la suivante: s'il y a une convention entre les parties principales quant au contrat cautionné, la caution doit être consultée et, si elle n'a pas consenti à la modification, même dans le cas où il est parfaitement évident que la modification n'est pas importante ou qu'elle ne peut que lui être profitable, la caution ne peut être libérée; cependant, s'il n'est pas évident en soi que la modification n'est pas importante ou qu'elle n'est pas susceptible de porter préjudice à la caution, la cour [. . .] statuera alors qu'il revient à la caution elle-même de décider si elle consent à rester liée nonobstant la modification, et si elle ne donne pas ce consentement, elle sera libérée.

Cette règle a été adoptée dans un certain nombre de décisions canadiennes. Voir, par exemple, l'arrêt *Banque de Montréal c. Wilder*, [1986] 2 R.C.S. 551, à la p. 562.

La règle est fondée sur le raisonnement selon lequel toute modification importante du contrat principal a pour résultat de modifier les conditions auxquelles la responsabilité de la caution devait être engagée, ce qui a pour effet de modifier le risque auquel la caution est exposée. Ce raisonnement a été formulé par le professeur K. P. McGuinness dans *The Law of Guarantee* (2<sup>e</sup> éd. 1996), à la p. 534:

[TRADUCTION] Le fondement de la règle d'*equity* est certainement compatible avec le courant de pensée traditionnel, mais il est juste de se demander s'il est nécessaire d'invoquer de quelque façon l'*equity* pour conclure que, dans le cas où une modification importante est apportée au contrat principal sans le consentement de la caution, cette dernière ne verra pas sa responsabilité engagée en cas d'inexécution subséquente. Au fond, un cautionnement particulier ou distinct (par opposition à un cautionnement général) est un engagement par lequel la caution se porte garante des risques découlant d'un contrat particulier avec le débiteur principal. Si ce contrat est modifié de manière à changer la nature et l'ampleur des risques qui en découlent, la modification n'a pas tant pour effet d'annuler la responsabilité de la caution que de soustraire le créancier à la protection que le cautionnement accorde. Sous cet angle, la défense de la caution paraît reposer sur la common law plutôt que sur l'*equity*: ce n'est pas que la caution n'assume plus aucune responsabilité relativement au contrat initial, mais plutôt que le contrat initial pour lequel la caution a assumé une responsabilité ne s'applique plus. En modi-



approach to the defence is in certain respects attractive, because it moves the surety's right of defence in the case of material variation from the discretionary and therefore relatively unsettled realm of equity into the more absolute and certain realm of law. In any event, it is clear quite certainly in equity and quite probably in law as well, that the material variation of the principal contract without the surety's consent (unless subsequently ratified by the surety) will result in the discharge of the surety from liability under the guarantee.

And further at p. 541, he wrote:

Where the risk to which the surety is exposed is changed, the rationale for the complete release of the surety is easily explained. To change the principal contract is to change the basis upon which the surety agreed to become liable. A surety's liability extends only to the contract which he has agreed to guarantee. If the terms of that contract (and consequently the terms of the surety's risk) are varied then the creditor should no longer be entitled to hold the surety to his obligation under the guarantee. To require a surety to maintain a guarantee in such a situation would be to allow the creditor and the principal to impose a guarantee upon the surety in respect of a new transaction. Such a power in the hands of the principal and creditor would amount to a radical departure from the principles of consensus and voluntary assumption of duty that form the basis of the law of contract.

#### The Right of a Guarantor to Contract Out of the Protection Provided by the Common Law

Generally, it is open to parties to make their own arrangements. It follows that a surety can contract out of the protection provided to a guarantor by the common law or equity. See for example *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102, at p. 107. The Ontario Court of Appeal, correctly in my view, added that any contracting out of the equitable principle must be clear. See *First City Capital Ltd. v. Hall* (1993), 11 O.R. (3d) 792 (C.A.), at p. 796.

fiant le contrat principal sans le consentement de la caution, le créancier le fait à ses risques et périls, et si une malchance survient, elle survient uniquement aux dépens du créancier. Une façon d'aborder la défense sous l'angle de la common law est attrayante à certains égards, parce que cela fait passer le droit de la caution de se défendre, dans le cas où il y a eu modification importante, du domaine discrétionnaire et donc relativement incertain de l'*equity* au domaine plus absolu et certain de la common law. De toute manière, il est clair, très certainement en *equity* et fort probablement en common law aussi, que la modification importante du contrat principal effectuée sans le consentement de la caution (à moins qu'elle ne l'ait ratifiée ultérieurement) aura pour résultat de libérer la caution de sa responsabilité aux termes du cautionnement.

Il écrit ensuite, à la p. 541:

[TRADUCTION] Si le risque auquel la caution est exposée est modifié, la libération totale de la caution se justifie facilement. Modifier le contrat principal, c'est modifier le motif pour lequel la caution a convenu d'être responsable. La responsabilité de la caution se limite au contrat pour lequel elle s'est portée garante. Si les conditions de ce contrat (et donc les conditions du risque auquel est exposée la caution) sont modifiées, alors le créancier ne devrait plus avoir le droit d'exiger de la caution l'exécution de son obligation en vertu du cautionnement. Dans un tel cas, exiger d'une caution qu'elle maintienne son cautionnement équivaldrait à permettre au créancier et au débiteur principal de forcer la caution à se porter garante d'une nouvelle opération. Un tel pouvoir de la part du créancier et du débiteur principal représenterait une dérogation radicale aux principes de consensus et d'acceptation volontaire d'obligations sur lesquels repose le droit des contrats.

#### Le droit de la caution de renoncer par contrat à la protection de la common law

De façon générale, il est loisible aux parties de conclure leurs propres arrangements. Il s'ensuit qu'une caution peut renoncer par contrat à la protection que lui accorde la common law ou l'*equity*; voir, par exemple, l'arrêt *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102, à la p. 107. La Cour d'appel de l'Ontario a ajouté, à juste titre selon moi, que toute renonciation par contrat au principe d'*equity* doit être claire. Voir *First City Capital Ltd. c. Hall* (1993), 11 O.R. (3d) 792 (C.A.), à la p. 796.

5 The principle was explained by Professor McGuinness in *The Law of Guarantee, supra*, at p. 546, in these words:

There are certain types of amendment that may be made to the terms of a principal contract (or departures from the terms of the principal contract) that will not have the effect of discharging the surety under that contract, even though those changes may be of a material nature. For instance, where the changes that have been made to the principal contract were specifically authorized by the surety or were otherwise within the contemplation of the contract, the surety will not be discharged. Similarly, changes which are authorized within the guarantee will not relieve the surety from liability.

It is a question of interpretation whether such changes are authorized or contemplated.

The author added at p. 547 the following sage advice to lending institutions:

Since the courts have tended to give a narrow construction to provisions in standard form guarantees which authorize such changes, it would be most unwise for a creditor to agree to changes without first obtaining the consent of the surety, except where there is clear authorization for him to act solely upon his own initiative. Where the creditor seeks to show that the guarantee agreement provides a blanket authorization to make material alterations to the principal contract, the wording must be very clear that such a right was intended. [Emphasis added.]

6 The issue as to whether a surety remains liable will be determined by interpreting the contract between the parties and determining the intention of the parties as demonstrated by the words of the contract and the events and circumstances surrounding the transaction as a whole.

### Principles of Interpretation

7 In many if not most cases of guarantees a contract of adhesion is involved. That is to say the document is drawn by the lending institution on a standard form. The borrower and the guarantor have little or no part in the negotiation of the agreement. They have no choice but to comply with its terms if the loan is to be granted. Often the guarantors are family members with limited com-

Dans *The Law of Guarantee, op. cit.*, le professeur McGuinness explique ainsi ce principe, à la p. 546:

[TRADUCTION] Il y a certaines modifications des conditions d'un contrat principal (ou dérogations à ces conditions) qui n'auront pas pour effet de libérer la caution à l'égard de ce contrat, même si ces modifications peuvent être importantes. Par exemple, si les modifications du contrat principal ont été précisément autorisées par la caution ou si elles étaient par ailleurs prévues par le contrat, la caution ne sera pas libérée. De même, les modifications autorisées apportées au cautionnement ne libéreront pas la caution de sa responsabilité.

La question de savoir si ces modifications sont autorisées ou prévues est une question d'interprétation.

À la page 547, l'auteur ajoute à l'intention des établissements de crédit le sage conseil suivant:

[TRADUCTION] Étant donné que les tribunaux ont tendance à donner une interprétation restrictive aux dispositions des contrats types de cautionnement qui autorisent ces modifications, il serait extrêmement imprudent, de la part d'un créancier, de convenir de faire des modifications sans d'abord obtenir préalablement le consentement de la caution, sauf lorsqu'il est clairement autorisé à agir de son propre chef. Lorsque le créancier cherche à démontrer que la convention de cautionnement lui accorde une autorisation générale d'apporter des modifications importantes au contrat principal, il doit être écrit très clairement qu'on a voulu conférer ce droit. [Je souligne.]

Pour savoir si la responsabilité de la caution subsiste, il faut interpréter le contrat liant les parties et déterminer leur intention eu égard aux mots qu'elles ont utilisés et aux circonstances de l'ensemble de l'opération.

### Principes d'interprétation

De nombreux cautionnements, voir la plupart, sont consentis au moyen d'un contrat d'adhésion. En d'autres termes, le document proposé par l'établissement de crédit est une formule type. L'emprunteur et la caution ne participent que peu ou pas du tout à la négociation de la convention. Ils ne peuvent rien faire d'autre que d'accepter les conditions du prêt, s'ils veulent qu'il leur soit

mercial experience. As a matter of accommodation for a family member or friend they sign the guarantee. Many guarantors are unsophisticated and vulnerable. Yet the guarantee extended as a favour may result in a financial tragedy for the guarantor. If the submissions of the bank are accepted, it will mean in effect that a guarantor, without the benefit of notice or any further consideration, will be bound indefinitely to further mortgages signed by the mortgagor at varying rates of interest and terms. The guarantor is without any control over the situation. The position adopted by the bank, if it is correct, could in the long run have serious consequences. Guarantors, once they become aware of the extent of their liability, will inevitably drop out of the picture with the result that many simple and straightforward loans will not proceed since they could not be secured by guarantors.

In my view, it is eminently fair that if there is any ambiguity in the terms used in the guarantee, the words of the documents should be construed against the party which drew it, by applying the *contra proferentem* rule. This is a sensible and satisfactory way of approaching the situation since the lending institutions that normally draft these agreements can readily amend their documents to ensure that they are free from ambiguity. The principle is supported by academic writers.

G. H. L. Fridman, in his text *The Law of Contract in Canada* (3rd ed. 1994), at pp. 470-71, puts the position in this way:

The *contra proferentem* rule is of great importance, especially where the clause being construed creates an exemption, exclusion or limitation of liability. . . .

Where the contract is ambiguous, the application of the *contra proferentem* rule ensures that the meaning least favourable to the author of the document prevails.

Professor McGuinness, in his work *The Law of Guarantee, supra*, at pp. 612-13, explains the application of the rule as follows:

accordé. Souvent, les cautions sont des membres de la famille qui ont une expérience limitée des affaires. C'est par complaisance pour un membre de la famille ou un ami qu'elles souscrivent le cautionnement. Bien des cautions sont des personnes non averties et vulnérables. Pourtant le cautionnement accordé à titre de faveur peut engendrer une tragédie financière pour la caution. Si les arguments de la banque sont retenus, cela signifiera, en fait, que, sans avoir bénéficié d'un avis ou de quelque autre contrepartie, la caution sera liée indéfiniment par d'autres hypothèques souscrites par le débiteur hypothécaire à des conditions et à des taux d'intérêt variables. La caution n'a aucun contrôle sur la situation. La position adoptée par la banque, à supposer que ce soit la bonne, peut avoir de graves conséquences à long terme. Lorsqu'elles se seront rendu compte de l'ampleur de leur responsabilité, les cautions disparaîtront inévitablement du paysage de sorte que de nombreux prêts tout simples ne seront pas conclus faute de caution.

À mon avis, il est parfaitement juste d'appliquer la règle *contra proferentem* selon laquelle une clause de cautionnement ambiguë doit être interprétée au détriment de la partie qui l'a rédigée. C'est une façon raisonnable et satisfaisante d'aborder la situation étant donné que les établissements de crédit qui rédigent normalement ces conventions peuvent facilement modifier leurs documents de façon à ce qu'ils ne comportent aucune ambiguïté. La doctrine appuie ce principe.

Dans *The Law of Contract in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1994), aux pp. 470 et 471, G. H. L. Fridman décrit ainsi la situation:

[TRADUCTION] La règle *contra proferentem* est d'une grande importance, particulièrement lorsque la clause interprétée crée une exonération totale ou partielle de responsabilité . . .

Lorsque le contrat est ambigu, l'application de la règle *contra proferentem* assure que l'interprétation la moins favorable à l'auteur du document sera retenue.

Dans *The Law of Guarantee, op. cit.*, aux pp. 612 et 613, le professeur McGuinness explique ainsi l'application de la règle:

... the *contra proferentum* rule of construction (under which the provisions of an agreement that were inserted by a party for his own protection are subjected to a strict interpretation) provides one method through which the courts can restrict the scope of extremely broad provisions which purport to eliminate the rights of the surety. The justification for giving such provisions a narrow construction is clear: it is one thing to say that a party may, if he so chooses, agree to assume an excessive burden, and to waive the rights which the law generally recognizes as existing for his protection. It is quite another thing to assume that parties necessarily intend to enter into such obligations. The more natural assumption is the exact opposite. Where the guarantee was drafted by the creditor, and there is any ambiguity or imprecision in the terms of a provision which purports to limit the rights of a surety, it is only fair that the ambiguity be resolved against the party who prepared the document. If the creditor wishes to take away a right belonging to the surety, he should use clear language in the document.

McGuinness further explains the principle and its justification in these words, at p. 244:

Where it is the creditor who drafted the terms of the contract, consistence of principle would call for the guarantee to be construed narrowly and thus in effect against the creditor. It is submitted that the correct rule is that where there is only one reasonable interpretation that the words used in a guarantee can bear, the guarantee should be given that interpretation. In such a case, the *contra proferentum* rule would not come into play. Where, however, the agreement is ambiguous in the sense that there are two or more interpretations that might reasonably be given to its terms, the guarantee should be construed against the party who prepared it or proposed its adoption, whether that be the creditor or the surety.

10 As well, this Court has stated that the surety is a favoured creditor in the eyes of the law whose obligation should be strictly examined and strictly enforced. This appears from the reasons of Davis J. in *Holland-Canada Mortgage Co. v. Hutchings*, [1936] S.C.R. 165, at p. 172:

A surety has always been a favoured creditor in the eyes of the law. His obligation is strictly examined and strictly enforced.

He goes on to say:

[TRADUCTION] ... la règle d'interprétation *contra proferentem* (en vertu de laquelle les dispositions d'une convention qui y ont été incluses par une partie pour sa propre protection sont sujettes à une interprétation restrictive) offre aux tribunaux un moyen de restreindre la portée de dispositions extrêmement générales qui ont pour effet d'éliminer les droits de la caution. La justification d'une telle interprétation restrictive de ces dispositions est claire: c'est une chose que de dire qu'une partie peut, si elle le désire, consentir à assumer un fardeau excessif et renoncer aux droits que la common law lui reconnaît généralement pour sa protection. C'est une toute autre chose que de présumer que les parties veulent nécessairement souscrire à de telles obligations. Il est plus naturel de présumer le contraire. Lorsque le cautionnement a été rédigé par le créancier et qu'il y a une ambiguïté ou une imprecision dans une clause qui a pour effet de limiter les droits d'une caution, il n'est que juste que l'ambiguïté soit dissipée au détriment de la partie qui a préparé le document. Si le créancier désire retirer un droit à la caution, il doit le préciser clairement dans le document.

McGuinness explique, en outre, le principe et sa justification en ces termes, à la p. 244:

[TRADUCTION] Lorsque c'est le créancier qui a rédigé les conditions du contrat, il serait logique que le cautionnement soit interprété de façon restrictive et donc au détriment du créancier. On prétend que la règle à appliquer est la suivante: s'il n'y a qu'une façon raisonnable d'interpréter les termes d'un cautionnement, cette interprétation doit être donnée au cautionnement. Dans ce cas, la règle *contra proferentem* ne joue pas. Toutefois, si la convention est ambiguë en ce sens qu'il y a deux interprétations ou plus qui pourraient raisonnablement lui être données, le cautionnement doit être interprété au détriment de la partie qui l'a rédigé ou qui en a proposé l'adoption, que ce soit le créancier ou la caution.

De même, notre Cour a affirmé que la caution est, aux yeux de la common law, un créancier privilégié dont l'obligation devrait être interprétée et exécutée strictement. C'est ce qui ressort des motifs du juge Davis dans *Holland-Canada Mortgage Co. c. Hutchings*, [1936] R.C.S. 165, à la p. 172:

[TRADUCTION] La caution a toujours été un créancier privilégié aux yeux de la common law. Son obligation est interprétée et exécutée strictement.

Il ajoute:

“It must always be recollected,” said Lord Westbury in *Blest v. Brown* (1862), 4 De G. F. & J. 367, at 376,

in what manner a surety is bound. You bind him to the letter of his engagement. Beyond the proper interpretation of that engagement you have no hold upon him. He receives no benefit and no consideration. He is bound, therefore, merely according to the proper meaning and effect of the written engagement that he entered into. If that written engagement is altered in a single line, no matter whether it be altered for his benefit, no matter whether the alteration be innocently made, he has a right to say, “The contract is no longer that for which I engaged to be surety; you have put an end to the contract that I guaranteed, and my obligation, therefore, is at an end.”

Apart from any express stipulation to the contrary, where the change is in respect of a matter that cannot “plainly be seen without inquiry to be unsubstantial or necessarily beneficial to the surety,” . . . the surety, if he has not consented to remain liable notwithstanding the alteration, will be discharged whether he is in fact prejudiced or not.

Those comments are as true today as they were at the time they were written.

The appellant contends that this principle of interpretation has been abandoned and for that proposition relies upon the reasons of this Court in *Bauer, supra*. I cannot agree with this submission. The issue in that case was whether a particular clause within the guarantee was an exemption clause and thus subject to the special rules of construction applying to those clauses. It was held that the clause in question was not, in fact, an exemption clause. The general question as to whether the scope of surety obligations should be construed strictly was not explicitly addressed by the Court. It is also significant that the Alberta Court of Appeal in *Alberta Opportunity Co. v. Schinnour*, [1991] 2 W.W.R. 624, found that the clause they were considering was analogous to that in issue in *Bauer*. Nonetheless they determined, correctly in my view, that it should be interpreted in accordance with the general rules of construction. Those rules should, in my view, include the *contra proferentem* rule and thus will be generally applicable to guarantee or surety clauses.

[TRADUCTION] «Il faut toujours se souvenir», a dit lord Westbury, dans *Blest c. Brown* (1862), 4 De G. F. & J. 367, à la p. 376,

de quelle façon la caution est liée. Vous l'obligez à respecter son engagement à la lettre. Au-delà de l'interprétation correcte de cet engagement, vous n'avez aucun pouvoir sur elle. Elle ne touche aucun avantage ni aucune contrepartie. Elle n'est donc liée qu'en vertu de l'interprétation et de l'effet réguliers de l'engagement écrit qu'elle a souscrit. Si la moindre modification est apportée à cet engagement, peu importe que ce soit à son avantage ou que la modification ait été faite innocemment, elle a le droit de dire: «Le contrat n'est plus celui que je me suis engagée à cautionner; vous avez mis fin au contrat dont je me suis portée garante et, par conséquent, mon obligation n'existe plus.»

Sauf stipulation expresse contraire, si la modification porte sur une question qui ne peut pas «de toute évidence et indéniablement être considérée comme non importante ou nécessairement profitable à la caution,» [. . .] la caution, si elle n'a pas consenti à demeurer responsable en dépit de la modification, sera libérée, peu importe que la modification lui soit préjudiciable ou pas.

Ces commentaires sont aussi vrais aujourd'hui qu'ils l'étaient à l'époque où ils ont été rédigés.

L'appelante soutient que ce principe d'interprétation a été abandonné et, à ce propos, elle invoque les motifs de notre Cour dans l'arrêt *Bauer*, précité. Je ne puis souscrire à cet argument. La question en litige dans cet arrêt était de savoir si une certaine clause du cautionnement était une clause d'exonération et si elle était, ainsi, assujettie aux règles spéciales d'interprétation applicables à ces clauses. On a statué que la clause en question n'était pas, en réalité, une clause d'exonération. La Cour n'a pas abordé expressément la question générale de savoir si l'étendue des obligations d'une caution devait être interprétée restrictivement. Il est également révélateur que la Cour d'appel de l'Alberta ait conclu, dans *Alberta Opportunity Co. c. Schinnour*, [1991] 2 W.W.R. 624, que la clause qu'elle examinait était analogue à celle en cause dans *Bauer*. Elle a néanmoins décidé, à juste titre selon moi, qu'elle devait être interprétée selon les règles générales d'interprétation. À mon sens, ces règles doivent comprendre la règle *contra proferentem* et seront ainsi généralement applicables aux clauses de cautionnement.

12 The position set out in *Holland-Canada Mortgage Co.*, *supra*, was confirmed in *Citadel General Assurance Co. v. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 513. At p. 521 of that case, it was said that “accommodation sureties” are those who entered into the guarantee “in the expectation of little or no remuneration and for the purpose of accommodating others or of assisting others in the accomplishment of their plans”. The protection offered to this class of guarantors was explained also at p. 521:

In respect of them, the law has been astute to protect them by strictly construing their obligations and limiting them to the precise terms of the contract of surety.

13 These sureties were contrasted with “compensated sureties” whose business consists of guaranteeing performance and payment in return for a premium. With respect to this latter class of sureties it was held at p. 524:

... in the case of the compensated surety it cannot be every variation in the guaranteed contract, however minor, or every failure of a claimant to meet the conditions imposed by the bond, however trivial, which will enable the surety to escape liability.

Although the primary issue in the case was the distinction between accommodation sureties and those who receive compensation, these words nonetheless represent the considered opinion of the Court. In my view, they are correct.

14 I would note in passing that the guarantor in this case comes within the class of accommodation sureties.

15 It follows that if there is a doubt or ambiguity as to the construction or meaning of the clauses binding the guarantor in this case, they must be strictly interpreted and resolved in favour of the guarantor. Further, as a result of the favoured position of guarantors, the clauses binding them must be strictly construed.

16 Finally, when the guarantee clause is interpreted, it must be considered in the context of the entire transaction. This flows logically from the

Le point de vue énoncé dans *Holland-Canada Mortgage Co.*, précité, a été confirmé dans *Citadel General Assurance Co. c. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 513. À la page 521, la Cour affirme que les «cautions de complaisance» sont celles qui ont conclu le contrat de cautionnement «en espérant peu de rétribution, si ce n'est aucune, et dans le but de rendre service à d'autres personnes ou de les aider à réaliser leur projet». La protection accordée à cette catégorie de cautions est également expliquée, à la p. 521:

En ce qui les concerne, la loi s'est avisée de les protéger en interprétant leurs obligations de façon stricte et en les limitant aux conditions précises du contrat de cautionnement.

Ces cautions ont été comparées aux «cautions rétribuées» qui garantissent l'exécution et le paiement moyennant une contrepartie. La Cour statue, au sujet de cette dernière catégorie de cautions, à la p. 524:

... dans le cas de caution rétribuée il ne faut pas que toutes les dérogations au contrat de garantie, même mineures, ni toutes les omissions du réclamant de se conformer aux conditions du cautionnement, si minimes soient-elles, permettent à la caution d'échapper à sa responsabilité.

Bien que, dans cette affaire, le litige ait principalement porté sur la distinction entre les cautions de complaisance et les cautions rétribuées, ces propos représentent néanmoins l'opinion réfléchie de la Cour. Ils sont exacts quant à moi.

Je ferais remarquer en passant que la caution, dans la présente affaire, tombe dans la catégorie des cautions de complaisance.

Il s'ensuit que, s'il y a un doute ou une ambiguïté quant à l'interprétation ou au sens des clauses liant la caution en l'espèce, ces clauses doivent être interprétées de façon restrictive et en faveur de la caution. De plus, en raison de la situation privilégiée des cautions, les clauses qui les lient doivent être interprétées de façon restrictive.

Finalement, l'interprétation de la clause de cautionnement doit tenir compte du contexte de toute l'opération. Cela découle logiquement du point de

bank's position that the renewal agreement was an integral part of the original contract of guarantee. This position I believe is correct. It follows that fairness demands that the entire transaction be considered and this must include the terms and arrangements for the renewal agreement.

Application of the Principles of Interpretation to the Guarantee and Renewal Agreement Presented in this Case

It may be helpful to set out once again clauses 34 and 7 of the original guarantee agreement and recall that the renewal agreement called for the signature of the guarantor.

Clause 34: Guarantee and Indemnity

IT IS A CONDITION of the making of the loan secured by the within mortgage that the covenants set forth herein should be entered into by us, the Guarantors, namely John Joseph Conlin and Conlin Engineering & Planning Ltd. and now we the said Guarantors, and each of us, on behalf of ourselves, our respective heirs, executors, administrators and assigns, in consideration of the making of the said loan by the Mortgagee, do hereby jointly and severally covenant, promise and agree as principal debtors and not as sureties, that we and each of us shall and will well and truly pay or cause to be paid to the Mortgagee, the principal sum and all other moneys hereby secured, together with interest upon the same on the days and times and in the manner set forth in this mortgage, and will in all matters pertaining to this mortgage well and truly do, observe, fulfill and keep all and singular the covenants, provisos, conditions, agreements and stipulations contained in this mortgage, and do hereby agree to all the covenants, provisos, conditions, agreements and stipulations by this mortgage made binding upon the Mortgagor; and do further agree that this covenant shall bind us, and each of us notwithstanding the giving of time for payment of this mortgage or the varying of the terms of payment hereof or the rate of interest hereon or the giving of a release or partial release or covenant not to sue to any of us; and we and each of us agree that the Mortgagee may waive breaches and accept other covenants, sureties or securities without notice to us or any of us and without relieving us from our liability hereunder, which shall be a continuous liability and shall subsist until payment in

vue de la banque selon lequel la convention de renouvellement faisait partie intégrante du contrat de cautionnement initial. Je crois que ce point de vue est exact. Il s'ensuit que la justice exige que l'on examine toute l'opération, y compris les conditions et les arrangements relatifs à la convention de renouvellement.

Application des principes d'interprétation à la convention de cautionnement et de renouvellement en l'espèce

Il peut être utile de reproduire à nouveau les clauses 34 et 7 de la convention de cautionnement initiale et de se rappeler que la convention de renouvellement exigeait la signature de la caution.

Clause 34: Cautionnement et indemnité

[TRADUCTION] EST UNE CONDITION du prêt garanti par la présente hypothèque que nous, les cautions, à savoir John Joseph Conlin et Conlin Engineering & Planning Ltd., souscrivions aux engagements stipulés aux présentes, et que, par conséquent, nous, lesdites cautions, en notre propre nom, au nom de nos héritiers, exécuteurs, administrateurs et ayants droit respectifs, en contrepartie dudit prêt consenti par le créancier hypothécaire, convenions, promettons et acceptons solidairement, aux présentes, à titre de débiteurs principaux et non de cautions, ensemble ou individuellement, de payer ou de faire payer bel et bien au créancier hypothécaire le capital et toutes les autres sommes garantis par les présentes, de même que les intérêts sur ces sommes au moment et de la manière stipulés dans la présente hypothèque, et que, relativement à toute question concernant la présente hypothèque, nous observions, remplissions et respections bel et bien tous et chacun des engagements, réserves, conditions, conventions et stipulations de la présente hypothèque, et que, par les présentes, nous convenions de respecter tous les engagements, réserves, conditions, conventions et stipulations de la présente hypothèque qui lient le débiteur hypothécaire; et que nous convenions que cet engagement nous liera toutes, ensemble et individuellement, nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de la présente hypothèque ou la modification de ses conditions de paiement ou de son taux d'intérêt, ou le fait que l'une ou l'autre de nous obtienne une libération complète ou partielle ou un engagement de ne pas faire l'objet de poursuites; et que nous convenions toutes et chacune que le créancier hypothécaire puisse renoncer au droit de résiliation pour violation et accepter d'autres

full of the principal sum and all other moneys hereby secured.

#### Clause 7: Renewal or Extension of Time

PROVIDED that no extension of time given by the Mortgagee to the Mortgagor, or anyone claiming under it, or any other dealing by the Mortgagee with the owner of the equity of redemption of said lands, 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 monies hereby secured, and that this Mortgage may be renewed by an agreement in writing for any term with or without an increased rate of interest, or amended from time to time as to any of its terms including without limitation increasing the interest rate or principal amount notwithstanding that there may be subsequent encumbrances. And it shall not be necessary to register any such agreement in order to retain the priority of this Mortgage so altered over any instrument delivered or registered subsequent to this Mortgage.

engagements, cautionnements ou sûretés sans nous donner avis à toutes ou à l'une ou l'autre de nous, et sans que cela nous libère de notre responsabilité continue aux termes des présentes, qui subsistera jusqu'au paiement complet du capital et de toutes les autres sommes garantis par les présentes.

#### Clause 7: Renouvellement ou prorogation de délai

POURVU qu'aucune prorogation de délai accordée par le créancier hypothécaire au débiteur hypothécaire, ou à toute personne cherchant à s'en prévaloir, ou qu'aucune autre négociation entre le créancier hypothécaire et le détenteur du droit de rachat desdits terrains n'affecte ou ne compromette de quelque façon que ce soit les droits que le créancier hypothécaire peut exercer contre le débiteur hypothécaire ou toute autre personne responsable du paiement des sommes garanties par les présentes, et que la présente hypothèque puisse être renouvelée par convention écrite pour quelque durée que ce soit, avec ou sans augmentation du taux d'intérêt, ou que l'une ou l'autre de ses conditions puisse être modifiée à l'occasion, notamment, sans limiter la portée de ce qui précède, que le taux d'intérêt ou le capital puisse être augmenté nonobstant toute charge ultérieure. Et il ne sera pas nécessaire d'enregistrer une telle convention pour conserver la priorité de rang de l'hypothèque ainsi modifiée par rapport à tout instrument délivré ou enregistré après la présente hypothèque.

18

Counsel for the appellant contended that there was no ambiguity in these clauses and that they made it clear that the respondent's obligations as guarantor continued in spite of the renewal agreement. Counsel for the respondent came to exactly the opposite conclusion. He submitted that on the plain meaning of the clauses, the guarantor was not bound. A somewhat cynical observer might conclude that it should not be unexpected that counsel for the opposing parties would take these positions. However, the same conclusion cannot possibly be reached with regard to the judges who have considered these clauses. The trial judge and the minority in the Court of Appeal came to the same conclusion as the appellant. The majority in the Court of Appeal came to the opposite conclusion. That skilled and experienced judges could come to opposite conclusions with regard to the clauses might well lead one to suspect that the meaning of the clauses is unclear; in a word, they are ambiguous. Of course, if that be the case, the *contra proferentem* rule should be applied. How-

L'avocat de l'appelante a soutenu qu'il n'y avait aucune ambiguïté dans ces clauses et qu'elles prévoyaient clairement que l'intimé continuait d'assumer ses obligations de caution malgré la convention de renouvellement. L'avocat de l'intimé est arrivé exactement à la conclusion contraire. Il a prétendu que, selon le sens ordinaire de ces clauses, la caution n'était pas liée. Un observateur quelque peu cynique pourrait conclure qu'il n'y a rien d'étonnant à ce que les avocats des parties opposées adoptent ces positions. Cependant, il n'est pas possible de tirer la même conclusion en ce qui concerne les juges qui ont examiné ces clauses. Le juge du procès et le juge dissident de la Cour d'appel sont arrivés à la même conclusion que l'appelante. La Cour d'appel à la majorité a conclu le contraire. Le fait que des juges compétents et expérimentés puissent être arrivés à des conclusions opposées en ce qui concerne les clauses en question pourrait bien nous amener à soupçonner que le sens de ces clauses n'est pas clair, somme toute, qu'elles sont ambiguës. Évidem-



ever, for the reasons set out above, my view is that the clauses unambiguously indicate that the respondent was not bound by the renewal agreement. If I am in error and if the *contra proferentem* rule were applied it would strengthen and support my conclusion as to the interpretation of the clauses.

*The Effect of the "Principal Debtor Obligation" Set Out in Clause 34*

In *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Patel* (1990), 72 O.R. (2d) 109 (H.C.), at p. 119, it was held that a principal debtor clause converts a guarantor into a full-fledged principal debtor. I agree with this conclusion. If the guarantor is to be treated as a principal debtor and not as a guarantor, then the failure of the bank to notify the respondent of the renewal agreement and the new terms of the contract must release him from his obligations since he is not a party to the renewal. This conclusion does not require recourse to equitable rules regarding material variation of contracts of surety. It is simply apparent from the contract that a principal debtor must have notice of material changes and consent to them. Of course, a guarantor who, by virtue of a principal debtor clause, has a right to notice of material changes, may, by the terms of the contract, waive these rights. However, in the absence of a clear waiver of these rights, such a guarantor must be given notice of the material changes and, if he is to be bound, consent to them.

The appellant contended that the words in clause 34 which provide "the said Guarantors . . . covenant, promise and agree as principal debtors and not as sureties" indicate that the respondent is bound as a principal debtor yet without any of the usual rights and benefits of a principal debtor such as notice with regard to renewal, and the opportunity to negotiate and consent to its terms. To take this position seems to me to be unfair and unreasonable.

ment, si c'est le cas, il y a lieu d'appliquer la règle *contra proferentem*. Toutefois, pour les motifs exposés plus haut, je suis d'avis que les clauses indiquent nettement que l'intimé n'était pas lié par la convention de renouvellement. Si je me trompe, l'application éventuelle de la règle *contra proferentem* renforcerait et appuierait ma conclusion quant à l'interprétation de ses clauses.

*L'effet de l'«obligation à titre de débiteur principal» énoncée à la clause 34*

Dans *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Patel* (1990), 72 O.R. (2d) 109 (H.C.), à la p. 119, on a statué qu'une clause de débiteur principal transformait une caution en un débiteur principal à part entière. Je suis d'accord avec cette conclusion. S'il faut traiter la caution comme un débiteur principal et non comme une caution, alors le défaut de la banque d'aviser l'intimé de la convention de renouvellement et des nouvelles conditions du contrat doit le libérer de ses obligations étant donné qu'il n'est pas partie au renouvellement. Cette conclusion n'exige pas que l'on recoure à des règles d'*equity* concernant la modification importante de contrats de cautionnement. Il ressort simplement du contrat que le débiteur principal doit être avisé des modifications importantes et y consentir. Il va sans dire qu'une caution qui, en vertu d'une clause de débiteur principal, a le droit d'être avisée des modifications importantes peut, aux termes du contrat, renoncer à ces droits. Cependant, en l'absence d'une renonciation claire à ces droits, une telle caution doit être avisée des modifications importantes et y consentir pour être liée par celles-ci.

L'appelante prétend que les mots de la clause 34 [TRADUCTION] «nous, lesdites cautions, [. . .] conven[ons], promett[ons] et accept[ons] [. . .], à titre de débiteurs principaux et non de cautions» indiquent que l'intimé est lié à titre de débiteur principal, sans cependant jouir des droits et avantages d'un débiteur principal, comme le droit d'être avisé d'un renouvellement et la possibilité de négocier et d'accepter les conditions de ce renouvellement. Adopter ce point de vue me semble injuste et déraisonnable.

21

The mortgagor as a principal debtor must be given notice of the renewal agreement. This is evident from the requirement that the mortgagor sign the renewal agreement. The principal debtor clause converts the guarantor into a full-fledged principal debtor with all the duties and obligations which that term implies. If the guarantor is to be responsible to the lending institution as a "full-fledged principal debtor" then he or she is entitled to the same notice of a renewal agreement as the principal debtor mortgagor. That is undoubtedly the reason the standard form of the renewal agreement provides a place for the guarantor to sign. Not just fairness and equity but the designation of the guarantor as a principal debtor leads to the conclusion that the guarantor must have notice of and agree to the renewal before he is bound by its terms. A guarantor reading clause 34 would be led to believe that as a principal debtor he would have the same notice of a renewal agreement as would the principal debtor mortgagor. If a lending institution wishes to have the guarantor obligated as a principal debtor, then the guarantor must be entitled to the same rights as the principal debtor which would include both notice and agreement as a party to a renewal.

22

Even if it were thought that the principal debtor clause does not convert the guarantor into a principal debtor, the equitable or common law rules relieving the surety from liability where the contract has been materially altered by the creditor and the principal debtor without notice to the surety would apply, in the absence of an express agreement to the contrary. The question is whether in this case, either as principal debtor or as surety, the guarantor has expressly contracted out of the normal protections accorded to him. This question must be determined as a matter of interpretation of the clauses of the agreement, through consideration of the transaction as a whole, and the application of the appropriate rules of construction.

Le débiteur hypothécaire doit, à titre de débiteur principal, être avisé de la convention de renouvellement. Cela ressort clairement de l'exigence que le débiteur hypothécaire signe la convention de renouvellement. La clause de débiteur principal transforme la caution en un débiteur principal à part entière qui assume toutes les responsabilités et les obligations que cette expression implique. Si la caution doit être responsable envers l'établissement de crédit à titre de «débiteur principal à part entière», elle a alors le droit d'être avisée de la convention de renouvellement au même titre que le débiteur principal qu'est le débiteur hypothécaire. C'est sans doute la raison pour laquelle la formule type de la convention de renouvellement comporte un espace pour la signature de la caution. Non seulement la justice et l'*equity*, mais aussi la désignation de la caution à titre de débiteur principal mènent à la conclusion que la caution doit être avisée du renouvellement et y consentir pour être liée par ses conditions. Une caution qui lirait la clause 34 serait amenée à croire qu'à titre de débiteur principal elle serait avisée du renouvellement de la convention au même titre que le débiteur principal qu'est le débiteur hypothécaire. Si un établissement de crédit souhaite que la caution soit liée à titre de débiteur principal, alors la caution doit avoir les mêmes droits que le débiteur principal, y compris celui d'être avisée d'un renouvellement et d'y consentir à titre de partie.

Même si l'on pensait que la clause de débiteur principal ne transforme pas la caution en un débiteur principal, les règles d'*equity* et de common law qui libèrent la caution de sa responsabilité, lorsque le créancier et le débiteur principal ont modifié sensiblement le contrat sans l'aviser, s'appliqueraient, en l'absence d'un consentement explicite à ce qu'il en soit autrement. En l'espèce, il s'agit de savoir si, soit à titre de débiteur principal, soit à titre de garant, la caution a expressément renoncé par contrat aux protections qui lui sont normalement accordées. Pour répondre à cette question, il faut interpréter les clauses de la convention en fonction de l'ensemble de l'opération, et appliquer les règles d'interprétation appropriées.

*Effect of the Renewal Agreement*

In my view, the renewal agreement must be considered an integral part of the transaction. There are two aspects of the renewal agreement itself which lead to the conclusion that the guarantor is not to be bound. First, the renewal agreement is once again a standard form prepared and used by the bank and it calls for the signature of the guarantor. It must be assumed that all these standard form agreements prepared by the bank as a lending institution were meant to mesh with and complement each other. The requirement by the standard form of a signature by the guarantor then supports the respondent's position that he was not, by the terms of the original loan agreement, deprived of the equitable and common law protection ordinarily extended to guarantors. Rather, he was expected to sign the renewal agreement. His signature would confirm his notice of the agreement and his consent to it.

The appellant submitted that the renewal agreement is simply an extension of the original mortgage which was contemplated by the terms of that mortgage. This submission should not be accepted. The original mortgage was for a period of three years, a term not uncommon in today's mortgage market. The renewal agreement provides for an agreement as to the term of a new mortgage and the new rate of interest. The document itself appears to indicate that the renewal agreement constitutes a new mortgage arrangement. This can be gathered from the provision which reads:

All the covenants, conditions, powers and matters in the said mortgage shall apply to and form part of this agreement, except those amended herein. [Emphasis added.]

The standard form indicates that many variations in the original mortgage are to be agreed upon. For example, the mortgagor can select the length of the term of the loan; the rate of interest is to be agreed upon between the mortgagor and the lending institution. If the renewal agreement is no

*Effet de la convention de renouvellement*

À mon avis, la convention de renouvellement doit être considérée comme une partie intégrante de l'opération. Deux aspects de la convention de renouvellement elle-même mènent à la conclusion que la caution ne doit pas être liée. Premièrement, je le répète, la convention de renouvellement est une formule type préparée et utilisée par la banque, qui requiert la signature de la caution. Il faut présumer que toutes ces conventions types préparées par la banque, à titre d'établissement de crédit, sont destinées à s'agencer et à se compléter mutuellement. Le fait que la formule type requiert la signature de la caution appuie alors la thèse de l'intimé selon laquelle, aux termes de la convention de prêt initiale, il n'a pas été dépouillé de la protection que l'*equity* et la common law accordent généralement aux cautions. Au contraire, on s'attendait à ce qu'il signe la convention de renouvellement. Sa signature confirmerait qu'il avait été avisé de la convention et qu'il y consentait.

L'appelante soutient que la convention de renouvellement est une simple prorogation de l'hypothèque initiale, prévue dans l'hypothèque même. Il n'y a pas lieu de retenir cet argument. L'hypothèque initiale était pour une durée de trois ans, ce qui n'est pas inhabituel dans le marché hypothécaire actuel. La convention de renouvellement comporte une entente sur la durée d'une nouvelle hypothèque et un nouveau taux d'intérêt. Le document même paraît indiquer que la convention de renouvellement constitue une nouvelle convention hypothécaire. Cela peut se déduire de la disposition qui prévoit:

[TRADUCTION] Tous les engagements, conditions, pouvoirs et questions inclus dans ladite hypothèque s'appliquent à la présente convention et en font partie, sauf dans la mesure des modifications apportées aux présentes. [Je souligne.]

La formule type indique que bien des modifications de l'hypothèque initiale doivent faire l'objet d'un consentement. Par exemple, le débiteur hypothécaire peut choisir l'échéance du prêt; le taux d'intérêt doit être fixé par convention entre le débiteur hypothécaire et l'établissement de crédit. Si la

23

24

25

more than the extension of the original mortgage, the mischief that that position creates becomes obvious. What if the renewal provided for an extension of the term to 25 years at a substantially increased rate of interest? What if the situation with regard to the security had changed remarkably as a result of new zoning regulations or a new building code or there had been a marked change of use in the surrounding lands? To say that despite the changed circumstances the guarantor is, beyond the strict terms of the agreement, bound without any notice to an indefinite guarantee of a mortgage containing substantial changes in the term of the loan and the interest rate is worrisome indeed.

26

Further, it is significant that the renewal agreement states that the terms of the old mortgage will form part of the agreement. By doing so it indicates that this is a new agreement rather than merely an extension of an old agreement. This serves to strengthen my view that the respondent was no longer bound by the terms of the original guarantee upon the execution without notice to him of the renewal agreement.

#### *Significance of Clause 7 of the Original Agreement*

27

The reasons of Finlayson and Carthy J.J.A. forming the majority of this case in the Court of Appeal are in my view correct. Finlayson J.A. wrote ((1994), 20 O.R. (3d) 499, at p. 513):

The reference in cl. 7 to the renewal agreement taking priority over subsequent encumbrancers indicates to me that the mortgagee was not directing its corporate mind to the guarantors when negotiating this document. . . . Certainly, there is no express reference to the renewal agreement in cl. 34. On balance, and keeping in mind that these documents were all drawn and presented by the mortgagee, I conclude that the renewal agreement was a material change to the original mortgage debt not contemplated by the language of the guarantee and has the effect of releasing the guarantors from their obligations as sureties.

convention de renouvellement n'est rien de plus qu'une prorogation de l'hypothèque initiale, le tort causé par cette position devient évident. Que penser d'un renouvellement qui prorogerait la durée de l'hypothèque à 25 ans, à un taux d'intérêt sensiblement supérieur? Que penser d'un changement marqué de la situation de la caution qui résulterait d'un nouveau règlement de zonage ou d'un nouveau code du bâtiment, ou d'une modification sensible de l'utilisation des terrains environnants? Affirmer que, malgré les nouvelles circonstances, la caution est, au-delà des conditions strictes de la convention et en l'absence d'avis, tenue de garantir de façon indéfinie une hypothèque sensiblement modifiée quant à la durée du prêt et quant au taux d'intérêt a de quoi inquiéter.

Il est en outre significatif que la convention de renouvellement prévoit que les conditions de l'ancienne hypothèque feront partie de la convention. Elle indique ainsi qu'il s'agit d'une nouvelle convention plutôt qu'une simple prorogation de l'ancienne. Cela renforce mon opinion que l'intimé n'est plus lié par les conditions du cautionnement initial depuis que la convention de renouvellement a été signée sans qu'il en soit avisé.

#### *L'importance de la clause 7 dans la convention initiale*

À mon avis, les motifs que la Cour d'appel à la majorité, composée des juges Finlayson et Carthy, a exposés en l'espèce sont exacts. Le juge Finlayson écrit ((1994), 20 O.R. (3d) 499, à la p. 513):

[TRADUCTION] Dans la clause 7, la mention que la convention de renouvellement a priorité sur toute charge ultérieure m'indique que la personne morale créancière hypothécaire ne songeait pas aux cautions en négociant le présent document [ . . . ] Certes, il n'y a aucune mention expresse de la convention de renouvellement dans la clause 34. Tout bien considéré et compte tenu du fait que ces documents ont tous été préparés et présentés par la créancière hypothécaire, je conclus que la convention de renouvellement constituait une modification importante de la dette hypothécaire initiale, qui n'était pas prévue par le libellé du cautionnement et qui a pour effet de libérer les cautions de leurs obligations à ce titre.

Carthy J.A.'s interpretation of the contract supports that of Finlayson J.A. but emphasizes different aspects. First, he stresses that clause 34 makes no reference to renewals. In his view, this is significant because it is a term commonly used with respect to mortgages and it is explicitly used in other clauses such as clause 7. Moreover, he found that clause 34 is perfectly capable of coherently referring to changes in the terms within the period of the original mortgage itself.

It is, I think, noteworthy and telling that clause 7 specifically distinguishes between extensions and renewals both in its heading and its text. This leads me to conclude that these terms do not refer to the same eventuality. Since clause 7 so carefully distinguishes between extensions and renewals, they must be referring to different situations. Both *Black's* legal dictionary and *The Oxford Dictionary* give separate and distinct definitions of the terms extension and renewal. *Black's Law Dictionary* (5th ed. 1979) at p. 1165 defines "renewal" as "[t]he act of renewing or reviving. A revival or rehabilitation of an expiring subject; that which is made anew or re-established" while it defines "extension" at p. 523 as "[a]n increase in length of time (e.g. of expiration date of lease, or due date of note). The word 'extension' ordinarily implies the existence of something to be extended". This clearly indicates that an "extension" refers to extending an agreement which already exists, while a renewal refers to the revival of an agreement which has expired. This distinction is confirmed by *The Concise Oxford Dictionary of Current English* (9th ed. 1995) at p. 476, which defines "extend" as "lengthen or make larger in space or time" while "renew" is defined at p. 1164 as "revive; regenerate; make new again; restore to the original state". It follows that the failure to refer to a renewal agreement or even to a renewal in clause 34 strongly suggests that it has no application to a renewal. If the lending institutions wished to have clause 34 apply to renewals, it would be a simple matter to use the specific term

L'interprétation donnée au contrat par le juge Carthy appuie celle du juge Finlayson, mais elle met l'accent sur des aspects différents. Premièrement, le juge Carthy souligne que la clause 34 ne mentionne pas les renouvellements. À son avis, cela est révélateur parce que c'est une condition courante en matière d'hypothèque et qu'on y recourt expressément dans d'autres clauses comme la clause 7. De plus, il a conclu que la clause 34 est parfaitement susceptible de renvoyer de façon cohérente à des modifications des conditions pendant la durée de l'hypothèque initiale même.

Il est, je pense, remarquable et révélateur que la clause 7 distingue expressément les prorogations des renouvellements, tant dans sa rubrique que dans son texte même. Cela m'amène à conclure que ces deux termes ne désignent pas la même chose. Étant donné que la clause 7 distingue avec tant de soin les prorogations des renouvellements, ces termes doivent désigner des choses différentes. Tant le dictionnaire juridique *Black's* que *The Oxford Dictionary* donnent des définitions différentes des termes *extension* (prorogation) et *renewal* (renouvellement). *Black's Law Dictionary* (5<sup>e</sup> éd. 1979), à la p. 1165, définit le terme «*renewal*» («renouvellement») comme [TRADUCTION] «[l]'action de renouveler ou de remettre en vigueur; la remise en état d'une chose qui vient à expiration; chose faite à nouveau ou rétablie», alors qu'il définit le terme «*extension*» («prorogation»), à la p. 523, comme étant [TRADUCTION] «[u]n accroissement de la durée (par exemple, de l'échéance d'un bail ou d'un billet). Le mot «*extension*» («prorogation») implique ordinairement l'existence d'une chose qui doit être prorogée». Cela indique clairement qu'une «prorogation» désigne la prolongation d'une convention qui existe déjà, alors que le renouvellement désigne la remise en vigueur d'une convention expirée. *The Concise Oxford Dictionary of Current English* (9<sup>e</sup> éd. 1995), à la p. 476, confirme cette distinction en définissant «*extend*» par [TRADUCTION] «allonger ou accroître dans l'espace ou dans le temps» alors que «*renew*» est défini à la p. 1164 comme [TRADUCTION] «remettre en vigueur; régénérer; rénover; rétablir dans l'état original». Il s'ensuit que l'absence de mention d'une convention de renouvellement

which is well known in the commercial world of mortgages.

ment ou même d'un renouvellement dans la clause 34 donne fortement à penser qu'elle ne s'applique pas à un renouvellement. Si les établissements de crédit souhaitaient que la clause 34 s'applique aux renouvellements, il leur suffirait d'utiliser ce terme spécifique bien connu dans le milieu des prêts hypothécaires.

30 Finally, the renewal agreement refers to incorporating the mortgage terms into the agreement. Clause 3 of the renewal agreement provides that:

Finalemment, la convention de renouvellement mentionne l'incorporation des conditions de l'hypothèque dans la convention. La clause 3 de la convention de renouvellement prévoit:

All the covenants, conditions, powers and matters in the said mortgage shall apply to and form part of this agreement, except those amended herein. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Tous les engagements, conditions, pouvoirs et questions inclus dans ladite hypothèque s'appliquent à la présente convention et en font partie, sauf dans la mesure des modifications apportées aux présentes. [Je souligne.]

This, too, suggests that the renewal agreement is a new agreement and not an extension, since the original mortgage terms are only incorporated to the extent that they are not altered by the renewal. Although clause 34 contemplates a change in the interest rate, an extension would not ordinarily involve an alteration of the original terms, but rather a continuation of the same terms over a longer time period.

Cela aussi donne à penser que la convention de renouvellement est une nouvelle convention et non une prorogation, étant donné que les conditions de l'hypothèque initiale sont incorporées seulement dans la mesure où elles ne sont pas modifiées par le renouvellement. Bien que la clause 34 envisage une modification du taux d'intérêt, une prorogation comporte normalement non pas une modification des conditions initiales, mais plutôt le maintien des mêmes conditions pour une période plus longue.

31 The appellant sought comfort from *Co-operative Trust Co. of Canada v. Kirkby*, [1986] 6 W.W.R. 90 (Sask. Q.B.). In that case, Armstrong J. noted that in some cases, a mortgage extension or renewal agreement could have exactly the same effect as a new mortgage. However, he concluded, correctly I believe, that on the facts of that case, there was no evidence to support the contention that the mortgage extension agreement was in fact a new mortgage. In my view, such a determination will involve a review of the particular guarantee clause and the whole transaction between the parties. The appellant also referred to the decisions in *Royal Trust Corp. of Canada v. Reid* (1985), 40 R.P.R. 287 (P.E.I. C.A.), and *Veteran Appliance Service Co. v. 109272 Development Ltd.* (1985), 67 A.R. 117 (Q.B.). In both those decisions, the terms renewal and extension agreement were used interchangeably. Yet I think that it becomes clear in reading both these decisions that this was not a

L'appelante a invoqué la décision *Co-operative Trust Co. of Canada c. Kirkby*, [1986] 6 W.W.R. 90 (B.R. Sask.). Dans cette décision, le juge Armstrong a fait remarquer que, dans certains cas, une prorogation d'hypothèque ou une convention de renouvellement peuvent avoir exactement le même effet qu'une nouvelle hypothèque. Il a toutefois conclu, à juste titre selon moi, que, d'après les faits de cette affaire, il n'y avait aucune preuve à l'appui de l'argument selon lequel la convention de prorogation de l'hypothèque était, en fait, une nouvelle hypothèque. À mon avis, pour décider cela, il faut examiner la clause de cautionnement en question et l'ensemble de l'opération conclue par les parties. L'appelante a aussi mentionné les décisions *Royal Trust Corp. of Canada. c. Reid* (1985), 40 R.P.R. 287 (C.A. Î.-P.-É.), et *Veteran Appliance Service Co. c. 109272 Development Ltd.* (1985), 67 A.R. 117 (B.R.). Dans ces deux affaires, les expressions «convention de renouvellement» et

central or major issue in the case. To repeat, it will be a question of fact to be determined on the particular transaction, agreement and circumstances presented in each case whether a renewal agreement is a new contract or simply an extension of the existing agreement.

It follows I find that the words used in clauses 34 and 7 are sufficiently clear to conclude that the guarantor did not waive his equitable and common law rights either as a principal debtor or as a guarantor. The renewal agreement which was entered into without notice to, or the agreement of, the guarantor materially altered the provisions of the original loan agreement. The guarantor was thereby relieved of his obligation.

If the wording of the two clauses should be found to be ambiguous, the *contra proferentem* rule must be applied against the bank. The wording of clause 34 binding the guarantor to variations in the event of an extension of the mortgage should not be applied to bind the guarantor to a renewal without notice since there is ambiguity as to whether clause 34 applies to renewals at all. In these circumstances as well, the guarantor should be relieved of liability.

#### Disposition

I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — I substantially agree with my colleague Justice Iacobucci's reasons and the result he reaches. I have only one comment which relates to the judicial interpretation methodology relied upon by my colleague.

«convention de prorogation» ont été utilisées indifféremment. Je pense cependant qu'il devient évident, à la lecture de ces deux décisions, que ce n'était pas alors une question majeure ou importante. Je le répète, la question de savoir si une convention de renouvellement est un nouveau contrat ou une simple prorogation de la convention existante est une question de fait qui doit être tranchée en fonction de l'opération, de la convention et des circonstances en cause dans chaque affaire.

Je conclus donc que les mots utilisés dans les clauses 34 et 7 sont suffisamment clairs pour conclure que la caution n'a pas renoncé aux droits que l'*equity* et la common law lui confèrent à titre de débiteur principal ou de caution. La convention de renouvellement qui a été conclue sans qu'avis ne soit donné à la caution, ou sans le consentement de cette dernière, a modifié sensiblement les dispositions de la convention de prêt initiale. La caution a ainsi été libérée de son obligation.

Si l'on conclut que le texte des deux clauses est ambigu, il faut appliquer la règle *contra proferentem* au détriment de la banque. Le texte de la clause 34 liant la caution aux modifications qui peuvent être apportées en cas de prorogation de l'hypothèque ne devrait pas être interprété de manière à lier la caution à un renouvellement effectué sans donner avis, étant donné qu'il y a ambiguïté quant à savoir si la clause 34 s'applique de quelque façon que ce soit aux renouvellements. Dans ces circonstances aussi, la caution devrait être libérée de sa responsabilité.

#### Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Je suis substantiellement d'accord avec les motifs de mon collègue le juge Iacobucci et le résultat auquel il arrive. Mon seul commentaire portera sur la méthode d'interprétation judiciaire utilisée par mon collègue.

32

33

34

35

36 The “modern contextual approach” is, in my view, the standard, normative approach to judicial interpretation, and one may exceptionally resort to the old “plain meaning” rule in appropriate circumstances. One example of the latter is statutory interpretation in the area of taxation, where the words and expressions used in legislative provisions quite often have a well-defined “plain meaning” within the business community.

37 In the case at bar, our Court is called upon to determine the appropriate definition of the phrase “the giving of time for payment . . . or the varying of the terms of payment”, in the context and factual situation of the instant case.

38 My colleague decides the issue by going through a contractual interpretation exercise as follows. Firstly, the impugned contractual provisions are reviewed in the context of the whole contract. Secondly, the issue of the *contra proferentem* rule is addressed. Thirdly, the issue of the difference between “accommodating” and “compensated” sureties is examined. Fourthly, an authoritative academic text is relied upon: K. P. McGuinness, *The Law of Guarantee* (2nd ed. 1996).

39 Thus, after reviewing the provisions in their immediate context, the contract as a whole, the consequences of proposed interpretations, the applicable presumptions and rules of interpretation, and admissible external aids, my colleague comes to a contextual interpretation of the impugned phrase. I fully agree with both the process used and the conclusions he arrived at. However, with respect, that process is not an application of the “plain meaning” approach: in fact, the “modern contextual approach” to judicial interpretation is the one that is actually used in the instant case.

40 I agree with my colleague that “[t]he rules respecting the interpretation of guarantees are essentially the same as the rules which govern the interpretation of deeds and contracts generally”. But the rules which govern the interpretation of deeds and contracts generally are essentially the

La «méthode contextuelle moderne» est, à mon avis, la méthode normative standard d’interprétation judiciaire même s’il y a lieu, exceptionnellement, de recourir à l’ancienne règle du «sens ordinaire» lorsque les circonstances s’y prêtent. Par exemple, il y a l’interprétation des lois en matière fiscale, dans lesquelles on utilise des mots et expressions qui ont bien souvent un «sens ordinaire» bien défini dans le monde des affaires.

En l’espèce, notre Cour est appelée à définir l’expression [TRADUCTION] «l’attribution d’un délai de paiement [. . .] ou la modification de[s] conditions de paiement», selon le contexte et les faits de la présente affaire.

Mon collègue tranche la question en adoptant la démarche suivante en matière d’interprétation des contrats. Premièrement, les dispositions contractuelles attaquées sont examinées dans le contexte du contrat dans son ensemble. Deuxièmement, la question de la règle *contra proferentem* est abordée. Troisièmement, la question de la différence entre la caution «de complaisance» et la caution «rétribuée» est analysée. Quatrièmement, un texte de doctrine faisant autorité est invoqué: K. P. McGuinness, *The Law of Guarantee* (2<sup>e</sup> éd. 1996).

Ainsi, après avoir examiné les dispositions dans leur contexte immédiat, le contrat dans son ensemble, les conséquences des interprétations proposées, les présomptions et les règles d’interprétation applicables, ainsi que les sources acceptables d’aide extérieure, mon collègue arrive à une interprétation contextuelle de l’expression contestée. Je suis entièrement d’accord avec la démarche adoptée et les conclusions auxquelles il est arrivé. En toute déférence, cependant, cette démarche ne constitue pas une application de la méthode du «sens ordinaire»: en fait, c’est la «méthode contextuelle moderne» d’interprétation judiciaire qui est utilisée en l’espèce.

Je conviens avec mon collègue que «[l]es règles applicables à l’interprétation des cautionnements sont essentiellement les mêmes que celles qui régissent l’interprétation des actes et des contrats en général». Mais les règles qui régissent l’interprétation des actes et des contrats en général sont



same as the rules for statutory interpretation. As Lord Blackburn stated in *River Wear Commissioners v. Adamson* (1877), 2 App. Cas. 743 (H.L.), at pp. 763-65:

... I shall therefore state, as precisely as I can, what I understand from the decided cases to be the principles on which the Courts of Law act in construing instruments in writing; and a statute is an instrument in writing. In all cases the object is to see what is the intention expressed by the words used....

In construing written instruments I think the same principle applies. In the cases of wills the testator is speaking of and concerning all his affairs;...

In the case of a contract, the two parties are speaking of certain things only... [In both cases] the Court... declares what the intention, indicated by the words used under such circumstances, really is.

And this, as applied to the construction of statutes, is no new doctrine... My Lords, mutatis mutandis, I think this is applicable to the construction of statutes as much as of wills. And I think it is correct. [Emphasis added.]

Therefore, the “modern contextual approach” for statutory interpretation, with appropriate adaptations, is equally applicable to contractual interpretation. Statutory interpretation and contractual interpretation are but two species of the general category of judicial interpretation. In the instant case, the methodological reference provided by R. Sullivan in *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 131, applies equally to contractual interpretation:

There is only one rule in modern interpretation, namely, courts are obliged to determine the meaning of [that which is to be judicially interpreted] in its total context, having regard to [its] purpose..., the consequences of proposed interpretations, the presumptions and special rules of interpretation, as well as admissible external aids. In other words, the courts must consider and take into account all relevant and admissible indicators of [...] meaning. After taking these into account, the court must then adopt an interpretation that is appropriate. An appropriate interpretation is one that can be justified in terms of (a) its plausibility, that is, its compliance with the [...] text; (b) its efficacy, that is, its promotion of the [...] purpose; and (c) its acceptability,

essentiellement les mêmes que les règles d'interprétation des lois. Comme lord Blackburn l'affirme dans *River Wear Commissioners c. Adamson* (1877), 2 App. Cas. 743 (H.L.), aux pp. 763 à 765:

[TRADUCTION] ... j'exposerai donc de façon aussi précise que possible quels sont, d'après moi, les principes établis dans la jurisprudence, sur lesquels les cours de justice se fondent pour interpréter un instrument. Dans tous les cas il s'agit de découvrir quelle est l'intention exprimée par les mots employés. ...

Je pense que le même principe s'applique à l'interprétation des instruments. Dans le cas d'un testament, le testateur parle de toutes ses affaires; ...

Dans le cas d'un contrat, les deux parties parlent de certaines choses seulement, [...] [Dans les deux cas] la cour [...] énonce quelle est réellement l'intention indiquée par les mots employés dans ces circonstances.

Et cela n'est pas un principe nouveau en matière d'interprétation des lois. [...] Vos Seigneuries, je pense que cela s'applique mutatis mutandis à l'interprétation des lois autant qu'à celle des testaments. Et je pense qu'il est bien qu'il en soit ainsi. [Je souligne.]

Par conséquent, la «méthode contextuelle moderne» d'interprétation des lois s'applique également, avec les adaptations nécessaires, à l'interprétation des contrats. L'interprétation des lois et l'interprétation des contrats ne sont que deux subdivisions de la grande catégorie de l'interprétation judiciaire. En l'espèce, la méthodologie exposée par R. Sullivan dans *Driedger on the Construction of Statutes* (3<sup>e</sup> éd. 1994), à la p. 131, s'applique également à l'interprétation des contrats:

[TRADUCTION] Il n'existe qu'une seule règle d'interprétation moderne: les tribunaux sont tenus de déterminer le sens de [ce qui doit être interprété judiciairement] dans son contexte global, en tenant compte de [son] objet [...], des conséquences des interprétations proposées, des présomptions et des règles spéciales d'interprétation, ainsi que des sources acceptables d'aide extérieure. Autrement dit, les tribunaux doivent tenir compte de tous les indices pertinents et acceptables du sens d'un texte [...]. Cela fait, ils doivent ensuite adopter l'interprétation qui est appropriée. L'interprétation appropriée est celle qui peut être justifiée en raison a) de sa plausibilité, c'est-à-dire sa conformité avec le texte [...], b) de son efficacité, dans le sens où elle favorise la réalisation

that is, the outcome is reasonable and just. [Emphasis added.]

42

This methodology was indeed the one followed by my colleague. In the case at bar, however, the resulting interpretation did not really come from the “plain meaning” of the words, but from their “meaning in law”, because they are “legal terms of art”. As Lord Diplock explained in *Sydall v. Castings Ltd.*, [1967] 1 Q.B. 302, at pp. 313-14:

Documents which are intended to give rise to legally enforceable rights and duties contemplate enforcement by due process of law which involves their being interpreted by courts composed of judges, each one of whom has his personal idiosyncrasies of sentiment and upbringing, not to speak of age. Such documents would fail in their object if the rights and duties which could be enforced depended on the personal idiosyncrasies of the individual judge or judges upon whom the task of construing them chanced to fall. It is to avoid this that lawyers, whose profession it is to draft and to construe such documents, have been compelled to evolve an English language, of which the constituent words and phrases are more precise in their meaning than they are in the language of Shakespeare or of any of the passengers on the Clapham omnibus this morning. These words and phrases to which a more precise meaning is so ascribed are called by lawyers “terms of art” but are in popular parlance known as “legal jargon”. [Emphasis added.]

43

After having specified the nature of “legal terms of art”, Lord Diplock stated the basic rule of judicial interpretation, as well as the methodology, that are applicable in that context (at p. 314):

The words and phrases... which are “terms of art” must therefore be given the meaning which attaches to them as terms of art;...

The lexicon of terms of art is to be found in the decided cases and in the textbooks consulted by legal practitioners.

44

It is quite obvious that where courts expound judicial interpretations of “legal terms of art” using such external aids as legal textbooks, the resulting

tion de l’objet du texte [...], et c) de son acceptabilité, dans le sens où le résultat est raisonnable et juste. [Je souligne.]

En réalité, c’est cette méthode que mon collègue a suivie. En l’espèce, cependant, l’interprétation qui en a résulté ne découlait pas vraiment du «sens ordinaire» des mots, mais plutôt de leur «sens en droit» parce que ce sont des «termes techniques propres au domaine juridique». Comme lord Diplock l’a expliqué dans *Sydall c. Castings Ltd.*, [1967] 1 Q.B. 302, aux pp. 313 et 314:

[TRADUCTION] Les documents qui visent à donner naissance à des droits et à des obligations exécutoires sur le plan juridique envisagent leur mise à exécution par application régulière de la loi, ce qui comprend leur interprétation par des tribunaux composés de juges dont chacun a son propre tempérament issu de ses sentiments, de son éducation, et évidemment de son âge. Ces documents n’atteindraient pas leur objectif si les droits et obligations qui pourraient être mis à exécution dépendaient du tempérament personnel du ou des juges qui seraient appelés à les interpréter. C’est pour éviter cela que les avocats, dont c’est la profession de rédiger et d’interpréter ces documents, ont dû mettre au point une langue anglaise composée de mots et d’expressions ayant un sens plus précis que ceux utilisés par Shakespeare ou par n’importe quel usager du transport en commun de Clapham, ce matin. Ces mots et expressions auxquels est ainsi attribué un sens plus précis sont qualifiés de «termes techniques» par les avocats, mais dans le langage populaire, ils sont connus sous le nom de «jargon juridique». [Je souligne.]

Après avoir précisé la nature des «termes techniques propres au domaine juridique», lord Diplock a formulé la règle fondamentale d’interprétation judiciaire et la méthode applicables dans ce contexte (à la p. 314):

[TRADUCTION] Les mots et expressions [...] qui sont des «termes techniques» doivent donc recevoir le sens qui leur est propre en tant que termes techniques;...

Le lexique des termes techniques se trouve dans la jurisprudence et les ouvrages consultés par les praticiens du droit.

Il est tout à fait évident que, lorsque les tribunaux interprètent un «terme technique propre au domaine juridique» en recourant à des sources

outcome cannot appropriately be labelled a “plain meaning” definition.

Where an instrument uses a legal term of art, there is a presumption that the term of art is used in its correct legal sense: *Inland Revenue Commissioners v. Williams*, [1969] 1 W.L.R. 1197 (Ch.; Megarry J.).

This is the presumption that is resorted to by my colleague Iacobucci J. when he makes use of admissible external aids — i.e.: McGuinness, *supra*, — in determining the correct meaning of the phrase “to give time”. As McGuinness reviews extensive case-law authority that establishes the generally accepted “meaning in law” of these “legal terms of art”, it is an admissible external aid to judicial interpretation: see *Driedger, supra*, at pp. 428, 468 and 474; see also P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at pp. 449-53 and 457-58.

Subject to the above considerations, I concur with my colleague’s disposition of the appeal.

The reasons of Gonthier and Iacobucci JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting) — This appeal raises questions regarding the proper method for interpreting guarantees. Specifically, we are asked to determine whether the wording of the contract in issue was clear enough to waive the guarantors’ equitable right to be released when the principal loan was renewed.

## I. Background

On February 20, 1987, the appellant Manulife Bank of Canada (at the time known as The Regional Trust Company) made a loan of \$275,000 to Dina Conlin. The loan was for a term of three years and bore interest at the rate of 11.5 percent

d’aide extérieure comme des ouvrages juridiques, on ne peut, à juste titre, dire que la définition ainsi obtenue repose sur le «sens ordinaire» du terme en cause.

Lorsqu’un instrument emploie un terme technique propre au domaine juridique, ce terme technique est présumé être employé dans son sens juridique exact: *Inland Revenue Commissioners c. Williams*, [1969] 1 W.L.R. 1197 (Ch., le juge Megarry).

C’est la présomption à laquelle recourt mon collègue le juge Iacobucci lorsqu’il utilise une source acceptable d’aide extérieure, soit l’ouvrage de McGuinness, *op. cit.*, pour déterminer le sens exact de l’expression [TRADUCTION] «accorder un délai». Comme McGuinness passe en revue une jurisprudence abondante qui établit le «sens en droit» généralement accepté de ces «termes techniques propres au domaine juridique», il s’agit d’une source d’aide extérieure acceptable en matière d’interprétation judiciaire: voir *Driedger, op. cit.*, aux pp. 428, 468 et 474; voir également P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), aux pp. 516 à 520, de même qu’à la p. 526.

Sous réserve de ces considérations, je souscris à la façon dont mon collègue tranche le pourvoi.

Version française des motifs des juges Gonthier et Iacobucci rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident) — Le présent pourvoi soulève des questions concernant la bonne façon d’interpréter les contrats de cautionnement. Plus précisément, on nous demande de déterminer si le libellé du contrat en cause était suffisamment clair pour constituer une renonciation du droit en *equity* des cautions d’être libérées de leur obligation lorsque le prêt principal a été renouvelé.

## I. Le contexte

Le 20 février 1987, l’appelante, la Banque Manuvie du Canada (à l’époque connue sous le nom de «La Compagnie de Fiducie Régionale») a accordé un prêt de 275 000 \$ à Dina Conlin. Le prêt était consenti pour une période de trois ans et

45

46

47

48

49

per annum. Dina Conlin provided security for the loan in the form of a first mortgage against lands located in Welland, Ontario.

50 The terms of the loan required the signature of two guarantors: the respondent John Joseph Conlin, who was the mortgagor's husband; and Conlin Engineering and Planning Limited, an Ontario corporation. In clause 34 of the mortgage agreement, the two promised, "as principal debtors and not as sureties", to pay the money secured by the mortgage. They further agreed to all of the particular conditions and stipulations of the mortgage which were binding upon the mortgagor.

51 The guarantee was to remain binding "notwithstanding the giving of time for payment of this mortgage or the varying of the terms of payment hereof or the rate of interest hereon". The liability of the guarantors was stated to be continuous, subsisting "until payment in full of the principal sum and all other moneys hereby secured".

52 In 1989, the respondent and Dina Conlin separated.

53 In 1990, shortly before the mortgage was to mature, Dina Conlin and the appellant executed an agreement which renewed the mortgage for a further three-year term at a yearly interest rate of 13 percent. The renewal forms provided spaces for the signature of the "registered owner" and the "guarantor", but the agreement was signed only by Dina Conlin. The respondent had no notice or knowledge of the renewal.

54 In March of 1992, Dina Conlin defaulted on the mortgage.

55 After fruitless efforts to sell the Welland lands, the bank initiated proceedings for summary judgment against Dina Conlin and the guarantors. The bank claimed the principal owing under the mort-

il portait intérêt au taux de 11,5 pour 100 par année. Dina Conlin a offert en garantie de remboursement une première hypothèque sur des terrains situés à Welland (Ontario).

Les conditions du prêt exigeaient la signature de deux cautions: l'intimé John Joseph Conlin, qui était l'époux de la débitrice hypothécaire, et Conlin Engineering and Planning Limited, une société ontarienne. À la clause 34 de la convention hypothécaire, les deux se sont engagés, [TRADUCTION] «à titre de débiteurs principaux et non de cautions», à rembourser la somme garantie par l'hypothèque. Ils ont aussi accepté toutes les autres conditions et stipulations de l'hypothèque qui liaient la débitrice hypothécaire.

Le cautionnement devait demeurer valide [TRADUCTION] «nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de la présente hypothèque ou la modification de ses conditions de paiement ou de son taux d'intérêt». La responsabilité des cautions était qualifiée de continue et elle devait subsister [TRADUCTION] «jusqu'au paiement complet du capital et de toutes les autres sommes garantis par les présentes».

En 1989, l'intimé et Dina Conlin se sont séparés.

En 1990, peu avant que l'hypothèque vienne à échéance, Dina Conlin et l'appelante ont signé une convention de renouvellement de l'hypothèque pour une autre période de trois ans, à un taux d'intérêt de 13 pour 100 par année. Les formules de renouvellement comportaient un espace pour la signature du [TRADUCTION] «propriétaire enregistré» et de la «caution», mais la convention n'a été signée que par Dina Conlin. L'intimé n'a reçu aucun avis et n'a pas eu connaissance du renouvellement.

En mars 1992, il y a eu défaut de paiement de l'hypothèque de la part de Dina Conlin.

Après avoir vainement tenté de vendre les terrains de Welland, la banque a engagé des procédures pour obtenir un jugement sommaire contre Dina Conlin et les cautions. La banque réclamait le

gage with interest at the rate of 13 percent per annum. Judgment was obtained on the motion. However, a majority of the Court of Appeal set aside the judgment and dismissed the action against the respondent: (1994), 20 O.R. (3d) 499, 120 D.L.R. (4th) 234, 41 R.P.R. (2d) 283, 75 O.A.C. 117, 17 B.L.R. (2d) 143.

## II. Relevant Contractual Provisions

### (7) RENEWAL OR EXTENSION OF TIME

PROVIDED that no extension of time given by the Mortgagee to the Mortgagor, or anyone claiming under it, or any other dealing by the Mortgagee with the owner of the equity of redemption of said lands, 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 monies hereby secured, and that this Mortgage may be renewed by an agreement in writing for any term with or without an increased rate of interest, or amended from time to time as to any of its terms including without limitation increasing the interest rate or principal amount notwithstanding that there may be subsequent encumbrances. And it shall not be necessary to register any such agreement in order to retain the priority of this Mortgage so altered over any instrument delivered or registered subsequent to this Mortgage.

### (34) GUARANTEE AND INDEMNITY

IT IS A CONDITION of the making of the loan secured by the within mortgage that the covenants set forth herein should be entered into by us, the Guarantors, namely John Joseph Conlin and Conlin Engineering & Planning Ltd. and now we the said Guarantors, and each of us, on behalf of ourselves, our respective heirs, executors, administrators and assigns, in consideration of the making of the said loan by the Mortgagee, do hereby jointly and severally covenant, promise and agree as principal debtors and not as sureties, that we and each of us shall and will well and truly pay or cause to be paid to the Mortgagee, the principal sum and all other moneys hereby secured, together with interest upon the same on the days and times and in the manner set forth in this mortgage, and will in all matters pertain-

capital dû en vertu de l'hypothèque, avec intérêts au taux de 13 pour 100 par année. La banque a obtenu gain de cause relativement à cette requête. Cependant, la Cour d'appel à la majorité a infirmé ce jugement et rejeté l'action intentée contre l'intimé: (1994), 20 O.R. (3d) 499, 120 D.L.R. (4th) 234, 41 R.P.R. (2d) 283, 75 O.A.C. 117, 17 B.L.R. (2d) 143.

## II. Dispositions contractuelles pertinentes

[TRADUCTION]

### (7) RENOUVELLEMENT OU PROROGATION DE DÉLAI

POURVU qu'aucune prorogation de délai accordée par le créancier hypothécaire au débiteur hypothécaire, ou à toute personne cherchant à s'en prévaloir, ou qu'aucune autre négociation entre le créancier hypothécaire et le détenteur du droit de rachat desdits terrains n'affecte ou ne compromette de quelque façon que ce soit les droits que le créancier hypothécaire peut exercer contre le débiteur hypothécaire ou toute autre personne responsable du paiement des sommes garanties par les présentes, et que la présente hypothèque puisse être renouvelée par convention écrite pour quelque durée que ce soit, avec ou sans augmentation du taux d'intérêt, ou que l'une ou l'autre de ses conditions puisse être modifiée à l'occasion, notamment, sans limiter la portée de ce qui précède, que le taux d'intérêt ou le capital puisse être augmenté nonobstant toute charge ultérieure. Et il ne sera pas nécessaire d'enregistrer une telle convention pour conserver la priorité de rang de l'hypothèque ainsi modifiée par rapport à tout instrument délivré ou enregistré après la présente hypothèque.

### (34) CAUTIONNEMENT ET INDEMNITÉ

EST UNE CONDITION du prêt garanti par la présente hypothèque que nous, les cautions, à savoir John Joseph Conlin et Conlin Engineering & Planning Ltd., souscrivions aux engagements stipulés aux présentes, et que, par conséquent, nous, lesdites cautions, en notre propre nom, au nom de nos héritiers, exécuteurs, administrateurs et ayants droit respectifs, en contrepartie dudit prêt consenti par le créancier hypothécaire, conventions, promettions et acceptations solidairement, aux présentes, à titre de débiteurs principaux et non de cautions, ensemble ou individuellement, de payer ou de faire payer bel et bien au créancier hypothécaire le capital et toutes les autres sommes garantis par les présentes, de même que les intérêts sur ces sommes au moment et de la manière stipulés dans la présente hypothèque, et que,

ing to this mortgage well and truly do, observe, fulfill and keep all and singular the covenants, provisos, conditions, agreements and stipulations contained in this mortgage, and do hereby agree to all the covenants, provisos, conditions, agreements and stipulations by this mortgage made binding upon the Mortgagor; and do further agree that this covenant shall bind us, and each of us notwithstanding the giving of time for payment of this mortgage or the varying of the terms of payment hereof or the rate of interest hereon or the giving of a release or partial release or covenant not to sue to any of us; and we and each of us agree that the Mortgagee may waive breaches and accept other covenants, sureties or securities without notice to us or any of us and without relieving us from our liability hereunder, which shall be a continuous liability and shall subsist until payment in full of the principal sum and all other moneys hereby secured.

### III. Judgments Appealed From

#### A. *Ontario Court (General Division)*

In a very succinct judgment, Killeen J. granted the bank's motion for summary judgment against both Dina Conlin and the respondent. He found that, according to the "clear and unequivocal language" of clauses 7 and 34, the respondent was liable under his guarantee despite the renewal of the mortgage and despite the increase in the rate of interest: "In my view, there is no escape for the guarantor".

B. *Ontario Court of Appeal* (1994), 20 O.R. (3d) 499

##### (a) *Finlayson J.A.*

Finlayson J.A. first considered the following language in clause 34: "the said guarantors . . . covenant, promise and agree as principal debtors and not as sureties . . ." (emphasis added). He found an apparent inconsistency between this last phrase and the fact that, on the face of the contract, the respondent appeared to be signing as a surety and not as a principal debtor. Having briefly discussed the difference between contracts of

relativement à toute question concernant la présente hypothèque, nous observons, remplissons et respectons bel et bien tous et chacun des engagements, réserves, conditions, conventions et stipulations de la présente hypothèque, et que, par les présentes, nous convenons de respecter tous les engagements, réserves, conditions, conventions et stipulations de la présente hypothèque qui lient le débiteur hypothécaire; et que nous convenons que cet engagement nous liera toutes, ensemble et individuellement, nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de la présente hypothèque ou la modification de ses conditions de paiement ou de son taux d'intérêt, ou le fait que l'une ou l'autre de nous obtienne une libération complète ou partielle ou un engagement de ne pas faire l'objet de poursuites; et que nous convenons toutes et chacune que le créancier hypothécaire puisse renoncer au droit de résiliation pour violation et accepter d'autres engagements, cautionnements ou sûretés sans nous donner avis à toutes ou à l'une ou l'autre de nous, et sans que cela nous libère de notre responsabilité continue aux termes des présentes, qui subsistera jusqu'au paiement complet du capital et de toutes les autres sommes garantis par les présentes.

### III. Juridictions inférieures

#### A. *Cour de l'Ontario (Division générale)*

Dans un jugement très succinct, le juge Killeen a fait droit à la requête de la banque visant à obtenir un jugement sommaire contre Dina Conlin et l'intimé. Il a conclu que, selon le [TRADUCTION] «texte clair et net» des clauses 7 et 34, l'intimé était responsable en vertu de son cautionnement malgré le renouvellement de l'hypothèque et l'augmentation du taux d'intérêt: [TRADUCTION] «À mon avis, la caution n'a aucune échappatoire»

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1994), 20 O.R. (3d) 499

##### a) Le juge Finlayson

Le juge Finlayson a d'abord examiné le passage suivant de la clause 34: «nous, lesdites cautions [ . . . ] conven[ons], promett[ons] et accept[ons] [ . . . ] à titre de débiteurs principaux et non de cautions» (je souligne). Il a conclu que ce passage semblait incompatible avec le fait qu'à la lecture du contrat l'intimé paraissait signer à titre de caution et non de débiteur principal. Après avoir brièvement analysé la différence entre les contrats

indemnity and contracts of guarantee, Finlayson J.A. concluded that it was unnecessary to resolve the exact nature of the guarantor's status, stating: "the reference to the guarantor as principal debtor can be disregarded for the purposes of this appeal" (p. 511).

Finlayson J.A. then turned to the main issue of whether the renewal agreement extinguished the respondent's liability under his guarantee. He noted that, in equity, either an increase of the interest rate or an extension of the mortgage's term constitutes a material change of the original contract which will extinguish a guarantor's liability.

Therefore, it was necessary to determine whether clause 34 constituted a waiver, on the part of the sureties, of these equitable rights. After reviewing several cases where the language of a particular guarantee was held to embrace a renewal agreement, Finlayson J.A. stated that "each of these cases must be confined to its own wording" (pp. 511-12). Furthermore, the language of the Manulife guarantee clause did not, in the opinion of Finlayson J.A., clearly contemplate the renewal agreement. Accordingly, the material change to the loan, effected through the renewal agreement, released the guarantors from their respective obligations.

(b) Carthy J.A. (concurring with Finlayson J.A. in the result)

Carthy J.A. began by stating that the law has always treated sureties as "favoured" creditors. While a surety can contract out of his legal rights, the language used to do so must be clear.

Applying a "strict" interpretation to the loan agreement, Carthy J.A. concluded that the guarantee agreement was not "explicit enough to embrace a renewal" (p. 515). Furthermore, he found that the wording of clause 7 did not stipulate clearly that the loan could be renewed by an agreement which

d'indemnité et les contrats de cautionnement, le juge Finlayson a conclu qu'il n'était pas nécessaire de déterminer le statut exact de la caution, affirmant qu'[TRADUCTION] «aux fins du présent appel, il est possible de ne pas tenir compte de la mention de la caution en tant que débiteur principal» (p. 511).

Le juge Finlayson a ensuite examiné la question principale de savoir si la convention de renouvellement avait mis fin à la responsabilité qui incombait à l'intimé en vertu du cautionnement qu'il avait consenti. Il a fait remarquer qu'en *equity* une augmentation du taux d'intérêt ou une prorogation de l'hypothèque constituent une modification importante du contrat initial, qui met fin à la responsabilité d'une caution.

Il était donc nécessaire de déterminer si la clause 34 constituait une renonciation, de la part des cautions, à ces droits en *equity*. Après avoir examiné plusieurs affaires où on a jugé que le texte d'un cautionnement englobait une convention de renouvellement, le juge Finlayson a affirmé que [TRADUCTION] «chacune de ces affaires doit se limiter à son propre libellé» (pp. 511 et 512). En outre, le texte de la clause de cautionnement de Manuvie ne prévoyait pas clairement, selon le juge Finlayson, la convention de renouvellement. Par conséquent, la modification importante apportée au contrat de prêt au moyen de la convention de renouvellement libérait les cautions de leurs obligations respectives.

(b) Le juge Carthy (souscrivant à l'opinion du juge Finlayson quant au résultat)

Le juge Carthy a commencé par affirmer que le droit a toujours considéré les cautions comme des créanciers «privilegiés». Une caution peut renoncer par contrat aux droits que lui confère la loi, mais cela doit être fait en termes clairs.

Interprétant «restrictivement» la convention de prêt, le juge Carthy a conclu que la convention de cautionnement n'était pas [TRADUCTION] «suffisamment explicite pour comprendre un renouvellement» (p. 515). Il a, en outre, conclu que le texte de la clause 7 ne stipulait pas clairement que le

59

60

61

62

was not signed by the guarantors. The guarantors had not waived their equitable rights and, accordingly, the renewal agreement extinguished their liability.

(c) Robins J.A. (dissenting)

63 Robins J.A. first reviewed the rule in *Holme v. Brunskill* (1878), 3 Q.B.D. 495 (C.A.) which states that any material variation of the principal contract without the surety's consent will discharge the surety. He went on to note that a guarantor can contract out of this equitable protection.

64 Robins J.A. then looked at the terms of clause 34 which stated that the guarantee would remain binding "notwithstanding the giving of time for payment of this mortgage or the varying of the terms of payment hereof or the rate of interest hereon". He concluded that these words clearly contemplated both the extension of the mortgage's term and the increase in the interest rate, as implemented by the renewal agreement. In other words, by clause 34, the guarantors waived their equitable rights to be released from their obligations in the event of these particular changes to the loan contract.

65 Having decided that the respondent was liable as a guarantor, Robins J.A. did not find it necessary to consider whether the guarantors were, in fact, "principal debtors".

66 However, while he found the respondent to be liable under the guarantee, Robins J.A. would have varied the order of the motions court judge such that Conlin would only be liable for the principal amount secured under the mortgage and interest thereon calculated at 11.5 percent per annum. He based this variation on the finding that the guarantors agreed to be liable for the moneys secured under the original mortgage. In his view, although they agreed to be liable notwithstanding any

prêt pourrait être renouvelé au moyen d'une convention non signée par les cautions. Les cautions n'avaient pas renoncé à leurs droits en *equity* et, par conséquent, la convention de renouvellement mettait fin à leur responsabilité.

c) Le juge Robins (dissident)

Le juge Robins a d'abord examiné la règle établie dans l'arrêt *Holme c. Brunskill* (1878), 3 Q.B.D. 495 (C.A.), selon laquelle toute modification importante du contrat principal sans le consentement de la caution libère cette dernière. Puis, il a fait remarquer qu'une caution peut renoncer par contrat à cette protection dont il bénéficie en *equity*.

Le juge Robins a ensuite examiné le texte de la clause 34 qui prévoit que le cautionnement demeure valide [TRADUCTION] «nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de la présente hypothèque ou la modification de ses conditions de paiement ou de son taux d'intérêt». Il a conclu que ces mots prévoyaient clairement à la fois la prorogation de l'hypothèque et l'augmentation du taux d'intérêt effectuées par la convention de renouvellement. Autrement dit, à la clause 34, les cautions avaient renoncé à leur droit en *equity* d'être libérées de leurs obligations dans le cas où de telles modifications seraient apportées au contrat de prêt.

Ayant décidé que l'intimé était responsable à titre de caution, le juge Robins n'a pas considéré nécessaire de déterminer si les cautions étaient, en fait, des «débiteurs principaux».

Toutefois, bien qu'il ait conclu que l'intimé était responsable en vertu du cautionnement consenti, le juge Robins aurait modifié l'ordonnance du juge des requêtes, de manière à ce que Conlin ne soit responsable que du capital garanti en vertu de l'hypothèque et des intérêts sur ce montant calculés au taux de 11,5 pour 100 par année. Il a fondé cette modification sur la conclusion que les cautions avaient convenu d'être responsables des sommes garanties en vertu de l'hypothèque initiale. À son avis, bien qu'elles aient convenu d'être responsables nonobstant toute modification du taux d'in-



change in the interest rate, they did not agree to be liable for that higher rate of interest.

#### IV. Issues

Before our Court, the appellant raised a threshold issue of jurisdiction. It claimed that the Court of Appeal had erred in dismissing the action when that order was not requested by either party at the motion for summary judgment or on appeal and when neither counsel nor the courts ever discussed this form of relief. Accordingly, there are two major issues before us:

1. Did the majority of the Ontario Court of Appeal exceed its jurisdiction in allowing the appeal and dismissing the action, rather than sending the matter back to trial?
2. Under the terms of the loan agreement, was the respondent John Joseph Conlin released from his promise to pay the principal sum and other moneys secured by the mortgage, when the term of the mortgage was extended and the rate of interest increased, without notice to the respondent?

#### V. Analysis

##### A. *Did the Court of Appeal have jurisdiction to dismiss the action as against the respondent?*

Section 134(1) of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, states as follows:

**134.** — (1) Unless otherwise provided, a court to which an appeal is taken may,

- (a) make any order or decision that ought to or could have been made by the court or tribunal appealed from;
- (b) order a new trial;
- (c) make any other order or decision that is considered just.

The order originally appealed from was granted on a motion for summary judgment brought by the bank. The respondent Conlin had brought no cross-motion for summary judgment dismissing the action. There had been no examination for discovery and no trial. Given that an appeal court may not make an order which the trial judge would not

térêt, elles n'avaient pas convenu d'être responsables relativement à ce taux d'intérêt majoré.

#### IV. Questions en litige

Devant notre Cour, l'appelante a soulevé une question de compétence préliminaire. Elle a allégué que la Cour d'appel avait commis une erreur en rejetant l'action alors que cela ne lui avait été demandé ni par l'une ou l'autre des parties à la requête en obtention d'un jugement sommaire, ni en appel, et alors que ni les avocats ni les cours n'avaient parlé de cette forme de réparation. Par conséquent, deux questions principales se posent devant nous:

1. La Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, a-t-elle excédé sa compétence en accueillant l'appel et en rejetant l'action, au lieu de renvoyer l'affaire au procès?
2. En vertu des conditions de la convention de prêt, l'intimé John Joseph Conlin a-t-il été libéré de sa promesse de payer le capital et les autres sommes garantis par l'hypothèque, lorsque l'hypothèque a été prorogée et le taux d'intérêt augmenté, sans qu'il en soit informé?

#### V. Analyse

##### A. *La Cour d'appel avait-elle compétence pour rejeter l'action intentée contre l'intimé?*

Le paragraphe 134(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, se lit ainsi:

**134** (1) Sauf disposition contraire, le tribunal saisi d'un appel peut:

- a) rendre l'ordonnance ou la décision que le tribunal dont il y a appel aurait dû ou pu rendre;
- b) ordonner un nouveau procès;
- c) rendre toute ordonnance ou toute décision qu'il estime juste.

L'ordonnance qui a fait l'objet d'un appel au départ a été accordée à la suite de la requête de la banque visant à obtenir un jugement sommaire. L'intimé Conlin n'avait déposé aucune requête incidente pour faire rejeter l'action par jugement sommaire. Il n'y avait eu ni interrogatoire préalable ni procès. L'appelante a soutenu devant nous

67

68

69

have had the jurisdiction to make (*Re Rotenberg and Borough of York (No. 2)* (1976), 13 O.R. (2d) 101 (C.A.), at p. 110), the appellant argued before us that the Court of Appeal had jurisdiction only to set aside the order for summary judgment and send the matter back for trial. The question to be answered, therefore, is whether the motions court judge had the jurisdiction to dismiss the action against the respondent.

que la Cour d'appel n'avait compétence que pour annuler l'ordonnance de jugement sommaire et renvoyer l'affaire au procès, étant donné qu'une cour d'appel ne peut pas délivrer une ordonnance que le juge du procès n'aurait pas eu le pouvoir de rendre (*Re Rotenberg and Borough of York (No. 2)* (1976), 13 O.R. (2d) 101 (C.A.), à la p. 110). Il s'agit donc de savoir si le juge des requêtes avait compétence pour rejeter l'action intentée contre l'intimé.

70 The original motion for summary judgment was brought pursuant to Rule 20 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. Rule 20.04(2) states:

La requête initiale en obtention d'un jugement sommaire était fondée sur l'art. 20 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, règl. 194. Le paragraphe 20.04(2) se lit ainsi:

Where the court is satisfied that there is no genuine issue for trial with respect to a claim or defence, the court shall grant summary judgment accordingly.

Le tribunal, s'il est convaincu qu'une demande ou une défense ne soulève pas de question litigieuse, rend un jugement sommaire en conséquence.

Rule 20.04(4) states:

Le paragraphe 20.04(4) prévoit ceci:

Where the court is satisfied that the only genuine issue is a question of law, the court may determine the question and grant judgment accordingly, . . .

Le tribunal, s'il est convaincu que la seule question litigieuse porte sur une question de droit, peut trancher cette question et rendre un jugement en conséquence. . . .

The interpretive guide to the Rules is set out in Rule 1.04(1):

Le paragraphe 1.04(1) énonce la façon d'interpréter les Règles:

These rules shall be liberally construed to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every civil proceeding on its merits.

Les présentes règles doivent recevoir une interprétation large afin d'assurer la résolution équitable sur le fond de chaque instance civile, de la façon la plus expéditive et la moins onéreuse.

71 Considered in light of Rule 1.04(1), in my opinion, Rules 20.04(2) and (4) gave Killeen J. the jurisdiction to dismiss the action against the respondent. The motions court judge could either have found that there was no genuine issue for trial or he could have found that the only genuine issue was an issue of law. In either case, it would have been within his jurisdiction and, by extension, within the jurisdiction of the Court of Appeal, to dispose of the matter by dismissing Manulife's claim.

J'estime qu'à la lumière du par. 1.04(1) les par. 20.04(2) et (4) conféraient au juge Killeen compétence pour rejeter l'action intentée contre l'intimé. Le juge des requêtes aurait pu conclure soit qu'il n'y avait pas de question litigieuse soit que la seule question litigieuse portait sur une question de droit. Dans un cas comme dans l'autre, lui-même et, par extension, la Cour d'appel auraient eu compétence pour trancher l'affaire en rejetant la demande de Manuvie.

72 However, the appellant further argues that Finlayson and Carthy J.J.A. erred in basing their decisions on the unproven assertion that Conlin had never consented to the 1990 renewal agreement. The appellant claims that it had no opportunity to

Toutefois, l'appelante prétend, en outre, que les juges Finlayson et Carthy de la Cour d'appel ont commis une erreur en fondant leurs décisions sur l'affirmation non prouvée que Conlin n'avait jamais consenti à la convention de renouvellement

fully test Conlin's affidavit evidence with regard to consent and that, therefore, it was denied the right to have its case fully heard.

I do not agree with this assertion. The appellant did, in fact, have the opportunity to test Conlin's evidence. Rule 39.02(1) of the *Rules of Civil Procedure* says that a party to a motion may cross-examine the deponent of any affidavit served by a party who is adverse in interest on the motion. However, the bank chose not to exercise this right and left Conlin's evidence unchallenged. Therefore, in my opinion, the appellant was not deprived of its right to have its case fully heard and to test all of the respondent's evidence.

This case is far from the circumstances that arose in *Keltic Leasing Corp. v. Curtis* (1993), 133 N.B.R. (2d) 73 (C.A.). In that case, the trial judge erred in making a finding of fact on a question which had not been addressed at all by the parties. The Court of Appeal found that this deprived the plaintiff of its right to adduce evidence in support of its position. However, in the case before us, the question of Conlin's consent, or lack thereof, to the renewal agreement was addressed before Killeen J. and, as discussed above, the appellant had full opportunity to counter this with evidence to the contrary.

For these reasons, it is my view that there is no reason to interfere with the Court of Appeal's procedural handling of this case.

B. *Under the terms of the loan agreement, was the respondent released from his promise to pay the principal sum and other moneys secured by the mortgage when the term of the mortgage was extended and the rate of interest increased without the respondent's consent?*

de 1990. L'appelante fait valoir qu'elle n'a pas eu l'occasion de vérifier pleinement l'exactitude du témoignage par affidavit de Conlin concernant le consentement et que, par conséquent, on lui a refusé le droit de faire entendre pleinement sa preuve.

Je ne suis pas de cet avis. L'appelante a bel et bien eu la possibilité de vérifier l'exactitude du témoignage de Conlin. Le paragraphe 39.02(1) des *Règles de procédure civile* prévoit qu'une partie à une requête peut contre-interroger le déposant d'un affidavit signifié par une partie ayant des intérêts opposés relativement à cette requête. Toutefois, la banque a choisi de ne pas exercer ce droit et de ne pas contester le témoignage de Conlin. Par conséquent, je suis d'avis qu'on n'a pas refusé à l'appelante le droit de faire entendre pleinement sa preuve et de vérifier l'exactitude de tout le témoignage de l'intimé.

Les circonstances de la présente affaire sont loin de ressembler à celles dont il était question dans l'arrêt *Keltic Leasing Corp. c. Curtis* (1993), 133 R. N.-B. (2<sup>e</sup>) 73 (C.A.). Dans cette affaire, le juge du procès avait erronément tiré une conclusion de fait sur une question qui n'avait pas été abordée par les parties. La Cour d'appel a conclu que cela avait privé la demanderesse de son droit de présenter des éléments de preuve à l'appui de sa thèse. Cependant, dans l'affaire qui nous est soumise, la question du consentement ou de l'absence de consentement de Conlin à la convention de renouvellement a été abordée devant le juge Killeen et, comme nous l'avons vu précédemment, l'appelante a eu pleinement l'occasion de répliquer à cela au moyen d'une preuve contraire.

Pour ces motifs, je suis d'avis qu'il n'y a aucune raison d'intervenir dans la façon dont la Cour d'appel a procédé en l'espèce.

B. *En vertu des conditions de la convention de prêt, l'intimé a-t-il été libéré de sa promesse de payer le capital et les autres sommes garanties par l'hypothèque, lorsque l'hypothèque a été prorogée et le taux d'intérêt augmenté, sans son consentement?*

73

74

75

76 It is well accepted that any material variation of the terms of a contract between debtor and creditor, which is prejudicial to the guarantor and which is made without the guarantor's consent, will discharge the guarantor: *Holme v. Brunskill*, *supra*, at pp. 505-6; *Bank of Montreal v. Wilder*, [1986] 2 S.C.R. 551, at p. 562. An increase in the rate of interest and an extension of the time for payment are both material changes to the loan agreement sufficient to discharge a surety: K. P. McGuinness, *The Law of Guarantee* (2nd ed. 1996), at ¶¶ 10.23 and 10.51.

77 However, this right to be discharged as a result of a material variation of the principal contract can be waived by the surety. As McIntyre J. said in *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102, at p. 107, "it is open to the parties to make their own arrangements, and a surety is competent to contract himself out of the protection of the equitable rule". The question to be resolved, therefore, is whether clause 34 amounts to a waiver of the respondent's equitable rights. Before dealing with this question, I believe it would be helpful to discuss briefly some of the interpretive principles relating to guarantees.

(a) Interpretive principles relating to guarantees

78 In my opinion, there is no special rule of construction for guarantees. Guarantee contracts are basically contracts, like any others, and should be construed according to the ordinary rules of contractual interpretation. As McGuinness states, *supra*, at p. 238, "The rules respecting the interpretation of guarantees are essentially the same as the rules which govern the interpretation of deeds and contracts generally."

79 The cardinal interpretive rule of contracts is that the court should give effect to the intentions of parties as expressed in their written document. As Estey J. said in *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, at p. 899, quoting Meredith J.A. in *Pense v. Northern Life Assurance Co.*

Il est bien reconnu que toute modification importante des conditions d'un contrat entre un débiteur et un créancier qui est préjudiciable à la caution et qui est faite sans son consentement, libère cette dernière: *Holme c. Brunskill*, précité, aux pp. 505 et 506; *Banque de Montréal c. Wilder*, [1986] 2 R.C.S. 551, à la p. 562. Une augmentation du taux d'intérêt et une prorogation du délai de paiement sont toutes deux des modifications importantes de la convention de prêt qui sont suffisantes pour libérer une caution: K. P. McGuinness, *The Law of Guarantee* (2<sup>e</sup> éd. 1996), aux ¶¶ 10.23 et 10.51.

Cependant, la caution peut renoncer à ce droit d'être libérée en raison d'une modification importante du contrat principal. Comme le juge McIntyre l'a dit dans *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102, à la p. 107: «les parties peuvent conclure leur propre entente, et une caution peut renoncer à la protection de la règle d'*equity*». Il s'agit donc de savoir si la clause 34 équivaut à une renonciation par l'intimé aux droits qui lui sont reconnus en *equity*. Avant d'examiner cette question, je crois qu'il serait utile d'analyser brièvement certains principes d'interprétation en matière de cautionnement.

a) Principes d'interprétation en matière de cautionnement

À mon avis, il n'existe aucune règle particulière d'interprétation des cautionnements. Les contrats de cautionnement sont au fond des contrats comme les autres, qui devraient être interprétés selon les règles ordinaires d'interprétation des contrats. Comme McGuinness l'affirme, *op. cit.*, à la p. 238: [TRADUCTION] «Les règles applicables à l'interprétation des cautionnements sont essentiellement les mêmes que celles qui régissent l'interprétation des actes et des contrats en général».

La principale règle d'interprétation des contrats veut que les tribunaux mettent à exécution les intentions que les parties ont exprimées dans leur document écrit. Comme le juge Estey l'a dit dans l'arrêt *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, à la p. 899, en citant les pro-

(1907), 15 O.L.R. 131, at p. 137: “[In all contracts], effect must be given to the intention of the parties, to be gathered from the words they have used.” The court will deviate from the plain meaning of the words only if a literal interpretation of the contractual language would lead either to an absurd result or to a result which is “plainly repugnant to the intention of the parties”: McGuinness, *supra*, at p. 239; and see the reasons of Estey J. in *Consolidated-Bathurst*, *supra*, at p. 901.

When interpreting guarantees, like other contracts, the court may apply the *contra proferentem* rule where the wording of the guarantee supports more than one meaning. According to this rule, the ambiguity will be resolved in favour of the party who did not draft the contract. This is an interpretive rule of last resort, to be used only when all other means of ascertaining the intentions of the parties, as expressed by their written contract, have failed. See the words of Cartwright J. in *Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] S.C.R. 936, at p. 953. As Lindley L.J. said in *Cornish v. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453, at p. 456:

... this principle ought only to be applied for the purpose of removing a doubt, not for the purpose of creating a doubt, or magnifying an ambiguity, when the circumstances of the case raise no real difficulty.

There is some suggestion in the case law that guarantee agreements entered into by an “uncompensated” or “accommodating” surety will be interpreted more strictly than those entered into by a compensated surety. In this respect, most notable is the decision of the Court in *Citadel General Assurance Co. v. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 513.

In that case, the respondent, Johns-Manville, had entered into a contract with a supplier. That supplier had entered into a payment bond which named the appellant, Citadel, as guarantor of the supply contract. A condition of the bond was that

pos tenus par le juge Meredith dans *Pense c. Northern Life Assurance Co.* (1907), 15 O.L.R. 131, à la p. 137: «[Dans tous les contrats], il faut donner effet à l'intention des parties qui se dégage des mots qu'elles ont employés.» La cour ne s'écartera du sens ordinaire des mots que si une interprétation littérale des termes du contrat menait à un résultat absurde ou à un résultat [TRADUCTION] «nettement inconciliable avec l'intention des parties»: McGuinness, *op. cit.*, à la p. 239; voir aussi les motifs du juge Estey dans l'arrêt *Consolidated Bathurst*, précité, à la p. 901.

Pour interpréter un cautionnement, la cour peut, comme pour les autres contrats, appliquer la règle *contra proferentem* lorsqu'il est possible d'attribuer plus d'un sens au texte du cautionnement. Selon cette règle, l'ambiguïté doit être dissipée en faveur de la partie qui n'a pas rédigé le contrat. Il s'agit d'une règle d'interprétation de dernier recours, qui ne doit être utilisée que lorsque tous les autres moyens de vérifier les intentions des parties, exprimées par écrit dans leur contrat, ont échoué. Voir les propos du juge Cartwright dans l'arrêt *Stevenson c. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] R.C.S. 936, à la p. 953. Comme le lord juge Lindley l'a affirmé dans *Cornish c. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453, à la p. 456:

[TRADUCTION] ... ce principe ne devrait être appliqué que pour dissiper un doute, et non pour créer un doute ou amplifier une ambiguïté, quand les circonstances de l'affaire ne posent aucune difficulté réelle.

La jurisprudence laisse entendre jusqu'à un certain point qu'une convention de cautionnement souscrite par une caution «non rétribuée» ou «de complaisance» sera interprétée d'une façon plus restrictive que celle souscrite par une caution rétribuée. À cet égard, l'arrêt de notre Cour *Citadel General Assurance Co. c. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 513, est des plus remarquables.

Dans cette affaire, l'intimée, Johns-Manville, avait conclu un contrat avec un fournisseur. Ce fournisseur avait souscrit un cautionnement qui désignait l'appelante, Citadel, comme caution du contrat d'approvisionnement. Une condition du

80

81

82

no suit could be commenced under the bond without proper notice being given to the appellant surety and to the supplier. The supplier defaulted and the respondent commenced an action against the guarantor, Citadel. The respondent gave proper notice to the guarantor. However, while notice was given to the supplier, it did not strictly comply with the requirements of the bonding agreement. The guarantor denied liability under the bond on the basis that the notice provisions of the bond had not been complied with.

cautionnement était qu'aucune poursuite ne pouvait être engagée en vertu du cautionnement sans qu'un avis approprié n'en soit donné à la caution appelante et au fournisseur. Le fournisseur a manqué à ses obligations et l'intimée a intenté une action contre la caution Citadel. L'intimée a donné un avis approprié à la caution. Toutefois, bien qu'un avis ait été donné au fournisseur, il ne satisfaisait pas strictement aux exigences de la convention de cautionnement. La caution a affirmé qu'elle n'était pas responsable en vertu du cautionnement, pour le motif que les dispositions du cautionnement relatives à l'avis n'avaient pas été respectées.

83

The Court rejected this argument and held that the guarantor was liable under the bonding agreement despite the respondent's failure to comply strictly with the terms of the contract. The basis for the decision was that guarantee agreements entered into for valuable consideration should be interpreted according to the ordinary rules of contractual construction. In *obiter*, McIntyre J., at pp. 521 and 523, went on to suggest that a different, stricter rule would apply to guarantors who had not received compensation:

La Cour a rejeté cet argument et a statué que la caution était responsable en vertu de la convention de cautionnement malgré le défaut de l'intimée de respecter strictement les conditions du contrat. La raison de cette décision était que les conventions de cautionnement souscrites à titre onéreux devaient être interprétées selon les règles ordinaires d'interprétation des contrats. Dans une opinion incidente, aux pp. 521 et 523, le juge McIntyre a laissé entendre qu'une règle différente plus stricte s'appliquerait aux cautions non rétribuées:

In respect of them [i.e., uncompensated sureties], the law has been astute to protect them by strictly construing their obligations and limiting them to the precise terms of the contract of surety. Any material variation in the terms of the guaranteed indebtedness and any extension of time or postponement of the debtor's obligation, or any discharge or relinquishment of any security for the debt without the consent of the surety will discharge him. In other words, courts have adopted the *strictissimi juris* construction of the surety contract.

En ce qui les concerne [les cautions non rétribuées], la loi s'est avisée de les protéger en interprétant leurs obligations de façon stricte et en les limitant aux conditions précises du contrat de cautionnement. Toute modification substantielle des conditions de la dette garantie, toute prorogation de délai ou tout délai accordé au débiteur, toute remise ou abandon de sûreté à l'égard de la dette sans le consentement de la caution libérait cette dernière. En d'autres termes, les cours ont adopté une interprétation *strictissimi juris* du contrat de cautionnement.

... surety contracts should be more liberally construed in favour of claimants in the case of compensated sureties than in the case of accommodation sureties.

... il faut interpréter les contrats de cautionnement plus libéralement en faveur des réclamants s'il s'agit de cautions rétribuées plutôt que de cautions de complaisance.

84

In my opinion, the above statement should be understood in the context in which it was made. In *Citadel General Assurance*, the issue was not one of contractual interpretation. Rather, it was a question of what consequences were to flow from a clear breach of the contract. For these reasons, it is my view that the comments in *Citadel General Assurance* are not a sufficient basis for holding

À mon avis, l'énoncé qui précède doit être interprété dans son contexte. Dans l'arrêt *Citadel General Assurance*, le litige ne portait pas sur une interprétation de contrat. Il s'agissait plutôt de déterminer quelles conséquences découleraient d'une violation claire du contrat. Pour ces motifs, je suis d'avis que les commentaires faits dans *Citadel General Assurance* ne sont pas suffisants pour

generally that guarantee contracts should be subject to special, stricter rules of interpretation if the guarantor has not received compensation.

(b) Application of the rules of interpretation to the contract between Conlin and Manulife

In applying the above principles to this case, a number of sub-questions arise from the arguments of the parties which I now will address.

(i) *Does clause 34 amount to a waiver of the respondent's equitable rights?*

By clause 34, the guarantors agree to remain bound by the guarantee contract notwithstanding the giving of time for payment of the mortgage or the varying of the rate of interest.

The respondent argued that clause 34 does not include a waiver of the guarantors' right to be discharged in the event of a renewal of the mortgage. According to this argument, since the renewal agreement constituted a material change, it discharged the guarantors.

It is true, as the respondent contends, that clause 34 does not refer to "renewal" agreements by name. However, the clause does contain a clear waiver of the guarantors' right to be discharged in the event of an extension of time or an increase in the rate of interest:

... this covenant shall bind us, and each of us notwithstanding the giving of time for payment of this mortgage or the varying of the terms of payment hereof or the rate of interest hereon ...

The respondent maintained that a renewal was not the same thing as the giving of time for payment. He pointed out that clause 7 uses the term "renewal" while clause 34 does not. According to this line of argument, if the parties had intended the guarantee agreement to include a waiver of the right of discharge in the event of a renewal of the

conclure, de manière générale, que les contrats de cautionnement devraient être sujets à des règles d'interprétation spéciales plus strictes dans le cas d'une caution non rétribuée.

(b) Application des règles d'interprétation au contrat conclu par Conlin et Manuvie

Si on applique les principes susmentionnés à la présente affaire, les arguments des parties soulèvent un certain nombre de questions que je vais maintenant aborder.

(i) *La clause 34 équivaut-elle à une renonciation par l'intimé à ses droits en equity?*

À la clause 34, les cautions consentent à rester liées par le contrat de cautionnement nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de l'hypothèque ou la modification du taux d'intérêt.

L'intimé fait valoir que la clause 34 ne comprend pas une renonciation au droit des cautions d'être libérées en cas de renouvellement de l'hypothèque. Selon cet argument, puisque la convention de renouvellement constituait une modification importante, elle a libéré les cautions.

Il est vrai, comme le prétend l'intimé, que la clause 34 ne mentionne pas expressément les conventions de «renouvellement». La clause contient, cependant, une renonciation claire au droit des cautions d'être libérées dans le cas d'une prorogation de délai ou d'une augmentation du taux d'intérêt:

[TRADUCTION] ... cet engagement nous liera toutes, ensemble et individuellement, nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de la présente hypothèque ou la modification de ses conditions de paiement ou de son taux d'intérêt ...

L'intimé a soutenu qu'un renouvellement n'était pas la même chose que l'attribution d'un délai de paiement. Il a fait remarquer que la clause 7 utilise le mot «renouvellement» alors que la clause 34 ne le fait pas. Selon ce raisonnement, si les parties avaient voulu inclure dans la convention de cautionnement une renonciation au droit à la libération

85

86

87

88

89

mortgage, they would have said so explicitly in clause 34.

90 However, I do not find this argument persuasive. The plain ordinary meaning of the words, “the giving of time for payment . . . or the varying of the terms of payment” encompasses the renewal agreement. Through this agreement, the appellant bank extended the term of the loan by three years and increased the rate of interest charged on the debt. I can see no support for the respondent’s contention that the “giving of time for payment”, as detailed in clause 34, does not include the giving of time for payment as effected by the renewal agreement.

91 In his book *The Law of Guarantee, supra*, at p. 556, McGuinness discusses the effect of agreements “to give time” to the principal debtor and says that the “giving of time” includes those agreements “which provide specifically for an extension of time for performance. . . . [for] further time in which to pay . . . the guaranteed debt”. This is precisely what the renewal agreement accomplished and, thus, this is what was contemplated by the language of the guarantee agreement.

92 In other words, what we must consider is the substantive effect of the renewal agreement, rather than the form of the instrument by which it was executed. The parties did use a renewal agreement, but, at bottom, that renewal agreement extended the time for payment and increased the interest rate, events that are expressly covered in clause 34.

93 With respect, I do not agree with Carthy J.A. when he says that the words “notwithstanding the giving of time for payment” should be interpreted to refer only to forbearance by the bank to pursue remedies during the original term of the mortgage. This is a case where we should heed the warning of Lindley L.J. in *Cornish v. Accident Insurance Co., supra*, and not use the *contra proferentem* doctrine in any guise to create a doubt, or to mag-

en cas de renouvellement de l’hypothèque, elles l’auraient fait explicitement à la clause 34.

Toutefois, je ne considère pas cet argument persuasif. Le sens clair et ordinaire des mots [TRADUCTION] «l’attribution d’un délai de paiement [. . .] ou la modification de[s] conditions de paiement» comprend la convention de renouvellement. Grâce à cette convention, la banque appelante a prorogé le prêt pour une durée de trois ans et a augmenté le taux d’intérêt applicable à la dette. Je ne vois rien qui justifie la prétention de l’intimé que «l’attribution d’un délai de paiement», mentionnée dans la clause 34, ne comprend pas l’attribution d’un délai de paiement en vertu de la convention de renouvellement.

Dans son ouvrage intitulé *The Law of Guarantee, op. cit.*, à la p. 556, McGuinness analyse l’effet des conventions [TRADUCTION] «accordant un délai» au débiteur principal et affirme que l’ [TRADUCTION] «attribution d’un délai» comprend toutes les conventions «qui prévoient expressément une prorogation du délai d’exécution [. . .] [afin] de disposer d’un plus long délai pour payer [. . .] la dette garantie». C’est précisément ce qui a été réalisé par la convention de renouvellement et c’est donc ce qui était prévu par le texte de la convention de cautionnement.

En d’autres termes, il faut prendre en considération l’effet réel de la convention de renouvellement, plutôt que la forme de l’instrument par lequel elle a été mise à exécution. Les parties ont bel et bien conclu une convention de renouvellement, mais, au fond, cette convention de renouvellement prorogait le délai de paiement et augmentait le taux d’intérêt, ce qui était expressément prévu à la clause 34.

En toute déférence, je ne suis pas d’accord avec le juge Carthy lorsqu’il affirme que les mots [TRADUCTION] «nonobstant l’attribution d’un délai de paiement» devraient être interprétés de manière à désigner seulement une abstention de la part de la banque d’intenter un recours pendant la durée initiale de l’hypothèque. Il s’agit ici d’une affaire où nous devrions tenir compte de la mise en garde du lord juge Lindley dans *Cornish c. Accident Insur-*



nify an ambiguity. Like Killeen J., I am of the view that the plain wording of the agreement in question raises no real difficulty.

(ii) *Under clause 34, did the appellant have to notify the guarantors of the renewal agreement?*

One of the last phrases of clause 34 reads as follows: “we and each of us agree that the Mortgagee may waive breaches and accept other covenants, sureties or securities without notice to us” (emphasis added). By contrast, the preceding phrase which waives the guarantors’ rights to be discharged in the event of certain material changes to the principal contract does not contain this phrase, “without notice to us”. The respondent contends that this omission means that, if the bank failed to notify the guarantors of the relevant material changes, the guarantors would be discharged from their obligations. Because the respondent received no notice of the renewal agreement, he was released from his liability.

Again, I am unable to agree with this line of argument. As already stated, the language of clause 34 is clear: the guarantor unconditionally promises to remain bound notwithstanding the extending of time or the changing of the rate of interest charged. It is rather odd to infer a condition of notice when the undertaking is so clear and unambiguous. Of course, the parties could have included a requirement of notice, but, as the language of the waiver in clause 34 is so clear, they would have had to do so explicitly. It may be that the insertion of the words “without notice to us”, in connection with the waiver of breaches and the accepting of other covenants, sureties or securities, was simply made out of an abundance of caution, but, regardless, this cannot affect the clear waiver relating to extending time and changing the interest rate.

*ance Co.*, précité, et ne pas appliquer la règle *contra proferentem* de manière à créer un doute ou à amplifier une ambiguïté. À l’instar du juge Killeen, je suis d’avis que le texte clair de la convention en cause ne pose aucune difficulté réelle.

(ii) *En vertu de la clause 34, l’appelante était-elle tenue d’aviser les cautions de la convention de renouvellement?*

L’une des dernières phrases de la clause 34 se lit ainsi: [TRADUCTION] «nous conven[ons] toutes et chacune que le créancier hypothécaire [peut] renoncer au droit de résiliation pour violation et accepter d’autres engagements, cautionnements ou sûretés sans nous donner avis» (je souligne). Par contre, la phrase précédente, qui écarte les droits des cautions d’être libérées dans le cas où certaines modifications importantes seraient apportées au contrat principal ne renferme pas l’expression «sans nous donner avis». L’intimé soutient que cette omission signifie que si la banque n’avisait pas les cautions des modifications importantes pertinentes, les cautions seraient libérées de leurs obligations. Puisque l’intimé n’a reçu aucun avis de la convention de renouvellement, il est libéré de sa responsabilité.

Là encore, je suis incapable de souscrire à ce raisonnement. Comme je l’ai déjà affirmé, le texte de la clause 34 est clair: la caution promet, de façon inconditionnelle, de demeurer liée nonobstant la prorogation du délai ou la modification du taux d’intérêt imposé. Il est plutôt étrange de déduire l’existence d’une exigence d’avis en présence d’un engagement aussi clair et net. Évidemment, les parties auraient pu inclure une exigence d’avis, mais, étant donné la clarté du texte de la renonciation figurant à la clause 34, il leur aurait fallu le faire explicitement. Il se peut que l’inclusion des mots «sans nous donner avis», relativement à la renonciation au droit de résiliation pour violation et à l’acceptation d’autres engagements, cautionnements ou sûretés, ait été faite simplement par excès de prudence, mais, néanmoins, cela ne saurait pas affecter la renonciation claire relative à la prorogation de délai et à la modification du taux d’intérêt.

(iii) *What is the effect of the respondent promising "as a principal debtor and not as a surety"?*

(iii) *Quel est l'incidence du fait que l'intimé a promis «à titre de débiteur principal et non de caution»?*

96 Clause 34 provides that the respondent and Conlin Engineering enter the agreement "as principal debtors and not as sureties". In his concurring judgment, Carthy J.A. reasoned that, as "principal debtors", the guarantors would be "expected" to be signatories to the renewal agreement. With respect, I do not agree.

La clause 34 prévoit que l'intimé et Conlin Engineering concluent la convention [TRADUCTION] «à titre de débiteurs principaux et non de cautions». Dans ses motifs concordants, le juge Carthy a considéré qu'on «s'attendrait» à ce que, à titre de «débiteurs principaux», les cautions soient signataires de la convention de renouvellement. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis.

97 I agree with Robins J.A.'s conclusion that the evident intention of the parties, in using this kind of language, was to preserve the liability of the surety even in circumstances where the principal obligation was no longer enforceable, although I express no opinion on whether the language is sufficient to accomplish such an objective. In any event, it is unnecessary to consider whether this clause was sufficient to turn clause 34 into an indemnity agreement, because I am of the opinion that the respondent is liable as a guarantor.

Je suis d'accord avec la conclusion du juge Robins que les parties avaient manifestement l'intention, en utilisant cette terminologie, de maintenir la responsabilité de la caution même dans le cas où l'obligation principale ne pourrait plus être exécutée, quoique je n'exprime aucune opinion quant à savoir si cette terminologie est suffisante pour permettre d'atteindre un tel objectif. De toute façon, il n'est pas nécessaire de déterminer si cette clause était suffisante pour faire de la clause 34 une convention d'indemnisation, parce que je suis d'avis que l'intimé est responsable à titre de caution.

(iv) *What is the significance of the fact that the renewal form provides a space for the guarantor's signature?*

(iv) *Quelle importance faut-il attacher au fait que la formule de renouvellement comportait un espace pour la signature de la caution?*

98 The respondent points to the fact that the renewal agreement had a space for the signature of the guarantor as proof that the reasonable expectations of the parties were that, in the absence of the guarantors' consent to a renewal agreement, any such agreement would discharge the guarantors. With respect, I do not agree.

L'intimé souligne que le fait que la convention de renouvellement comportait un espace pour la signature de la caution prouve que les parties s'attendaient raisonnablement à ce qu'en l'absence du consentement des cautions à une convention de renouvellement, cette convention libérerait ces dernières. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

99 Our primary task is to determine the meaning of the guarantee contained in clause 34. This agreement was entered into in 1987. The wording or form of another subsequent contract, entered into three years later, cannot change the meaning of the original agreement. In my opinion, the space for the guarantors' signature on the renewal agreement is not helpful in trying to interpret the guarantee contract.

Il nous incombe, d'abord et avant tout, de déterminer le sens du cautionnement contenu dans la clause 34. Cette convention a été signée en 1987. Le texte ou la forme d'un autre contrat conclu trois ans plus tard ne saurait changer le sens de la convention initiale. À mon avis, l'espace prévu pour la signature de la caution dans la convention de renouvellement n'est d'aucune utilité pour tenter d'interpréter le contrat de cautionnement.

(v) *What exactly is the extent of the respondent's obligation?*

The respondent promised to guarantee the payment of the money secured by the 1987 mortgage. In my view, the terms of that mortgage determine the extent of the respondent's liability. Clause 34 does include a waiver of the guarantors' rights to be discharged in the case of material variation of the terms of the loan agreement. However, the fact that the renewal agreement does not discharge the respondent does not mean that the respondent is liable for the money secured by that renewal agreement — a contract to which he never consented. In clause 34, the guarantors promise to pay "the principal sum and all other moneys hereby secured" (emphasis added), i.e., secured by the original mortgage agreement. In other words, the respondent is not liable for interest at the increased rate of 13 percent. Rather, his responsibility, as specified in the 1987 agreement, and as found by Robins J.A. in the Court of Appeal, is to repay the balance owing on the principal sum with interest charged at the rate of 11.5 percent.

## VI. Disposition

For the foregoing reasons, I would allow the appeal, with costs here and below, set aside the judgment of the Court of Appeal, and substitute therefor an order to the effect that the respondent is liable under his guarantee to pay the balance owing on the principal amount with interest at 11.5 percent per annum.

*Appeal dismissed with costs, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and IACOBUCCI JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Lee, Bowden, Concord, Ontario.*

*Solicitors for the respondent: Siskind, Cromarty, Ivey & Dowler, London, Ontario.*

(v) *Quelle est exactement l'étendue de l'obligation de l'intimé?*

L'intimé a promis de garantir le paiement des sommes garanties par l'hypothèque de 1987. J'estime que les conditions de cette hypothèque déterminent l'étendue de la responsabilité de l'intimé. La clause 34 comprend bel et bien une renonciation aux droits des cautions d'être libérées dans le cas où une modification importante serait apportée aux conditions de la convention de prêt. Toutefois, le fait que la convention de renouvellement ne libère pas l'intimé ne signifie pas qu'il est responsable des sommes garanties par cette convention de renouvellement — un contrat auquel il n'a jamais consenti. À la clause 34, les cautions promettent de payer [TRADUCTION] «le capital et toutes les autres sommes garantis par les présentes» (je souligne), c.-à-d. garantis par la convention hypothécaire initiale. En d'autres termes, l'intimé n'est pas responsable des intérêts calculés au taux majoré de 13 pour 100 par année. La responsabilité qui lui incombe en vertu de la convention de 1987, et selon ce que le juge Robins de la Cour d'appel a conclu, est plutôt de rembourser le solde exigible du capital, avec intérêts calculés au taux de 11,5 pour 100 par année.

## VI. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens devant toutes les cours, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et d'y substituer une ordonnance selon laquelle l'intimé a, en vertu de son cautionnement, la responsabilité de payer le solde exigible du capital, avec intérêts calculés au taux de 11,5 pour 100 par année.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et IACOBUCCI sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante: Lee, Bowden, Concord (Ontario).*

*Procureurs de l'intimé: Siskind, Cromarty, Ivey & Dowler, London (Ontario).*