

The Royal Trust Company Appellant

v.

Ben Potash Respondent

INDEXED AS: POTASH v. ROYAL TRUST CO.

File No.: 18820.

1986: April 24; 1986: October 9.

Present: Dickson C.J. and Chouinard, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Mortgages — Prepayment — Renewal — Term of mortgage more than five years — Renewal deeming date of original mortgage to be as of date of renewal — Renewal restricting right of prepayment — Principal and interest penalty tendered during renewal term and refused — Whether or not application for discharge of mortgage should be granted — Interest Act, R.S.C. 1970, c. I-18, s. 10(1), (2) — The Mortgage Act, R.S.M. 1970, c. M200, s. 20(6) — The Real Property Act, R.S.M. 1970, c. R30, s. 103(1)(c).

Respondent renewed two residential mortgages, with terms of slightly more than five years, using a standard form prepared by appellant. The renewals stipulated that all terms and conditions contained in the original mortgage remained in effect except as amended by the renewal agreement. The renewals gave respondent the right annually to prepay 10% of the principal amount of the renewed loan. There was no further right of prepayment prior to the Maturity Date of Mortgage Loan Renewal. The renewals stated that the "Original Mortgage" was "deemed" to be dated as of the maturity of the existing loan.

Respondent entered into a second renewal of each mortgage and made regular payments as required until June, 1983. At the end of that month he tendered the principal amount due on each mortgage as of July 1, 1983 along with interest for three months. Respondent's application for an order of discharge of the mortgages under s. 103(1) of *The Real Property Act* was originally dismissed but was allowed on appeal. The issues here were: (1) when may a mortgagor prepay a mortgage

The Royal Trust Company Appelante

c.

Ben Potash Intimé

a RÉPERTORIÉ: POTASH c. ROYAL TRUST CO.

N° du greffe: 18820.

1986: 24 avril; 1986: 9 octobre.

b Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Chouinard, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

c *Hypothèques — Remboursement anticipé — Renouvellement — Hypothèque d'une durée de plus de cinq ans — Hypothèque initiale réputée, de par la convention de renouvellement, porter la date du renouvellement — Restriction au droit de remboursement anticipé apportée par la convention de renouvellement — Refus d'une offre de paiement du capital et des intérêts de pénalisation faite pendant la durée du renouvellement — Y a-t-il lieu de faire droit à la demande de mainlevée de l'hypothèque? — Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1970, chap. I-18, art. 10(1), (2) — The Mortgage Act, R.S.M. 1970, chap. M200, art. 20(6) — The Real Property Act, R.S.M. 1970, chap. R30, art. 103(1)(c).*

L'intimé a renouvelé, au moyen d'une formule normalisée établie par l'appelante, deux hypothèques grevant des propriétés résidentielles, dont la durée était d'un peu plus de cinq ans chacune. Selon les conventions de renouvellement, toutes les modalités de l'hypothèque initiale continuaient de s'appliquer sous réserve des modifications apportées par la convention de renouvellement. Les renouvellements accordaient à l'intimé le droit d'effectuer annuellement un remboursement anticipé de 10 pour cent du capital du prêt renouvelé. Il n'y avait aucun autre droit de remboursement anticipé avant l'échéance du renouvellement du prêt hypothécaire. Les conventions de renouvellement stipulaient que «l'hypothèque initiale» était «réputée» porter la date d'échéance du prêt existant.

L'intimé a contracté un second renouvellement de chaque hypothèque et a effectué jusqu'en juin 1983 les versements réguliers prescrits. À la fin de ce mois, il a offert à l'égard de chaque hypothèque le capital dû au 1^{er} juillet 1983 ainsi que les intérêts pour trois mois. La demande, faite par l'intimé en vertu du par. 103(1) de *The Real Property Act*, en vue d'obtenir une ordonnance de mainlevée des hypothèques a été rejetée en première instance, mais accueillie en appel. Les ques-

pursuant to the section; (2) may a mortgagor contract out of or waive the prepayment right granted under the section; and (3) if a mortgagor may contract out of or waive the prepayment right, did the mortgagor do so here.

Held: The appeal should be allowed.

The purpose of s. 10(1) of the *Interest Act* and s. 20(6) of the *Manitoba Mortgage Act* is to ensure that mortgagors have the right to pay off their mortgages at the end of each five-year period. They cannot be "locked in" for more than five years. Where the original term of a mortgage exceeds five years, the mortgagor has the right to pay it off at the end of five years in compliance with the section. Where the original term of the mortgage is for five years or less and the term is extended by agreement beyond the five-year period (the "date of the mortgage" remaining unchanged), the mortgagor has the right to pay it off at the end of five years. Where a mortgagor elects not to exercise his right under s. 10(1) but instead enters into an otherwise valid and enforceable renewal agreement which "deems" the date of the original mortgage to be the date of maturity of the existing loan, and the term of the renewal agreement does not itself exceed five years, he cannot pay off the mortgage until the end of the five-year renewal period. When a mortgagor makes a conscious decision not to repay on the basis of full knowledge of his statutory right to repay at the end of a five-year period, he does not "contract out of" or "waive" his statutory right. He simply decides not to exercise it. If, however, he purports in a mortgage or renewal agreement to relinquish his right to pay off the mortgage at the end of any five-year period, such a provision could not be enforced against him at the instance of the mortgagee. He would still be free to pay off the mortgage in compliance with the statute.

Cases Cited

Considered: *Deeth v. Standard Trust Co.* (1980), 12 R.P.R. 157; *Lynch and Citadel Life Assurance Co., Re* (1983), 149 D.L.R. (3d) 316; *Kaltenbach v. Royal Trust Co.* (1983), 30 R.P.R. 69; *Butcher v. Royal Trust Co.* (1984), 33 R.P.R. 178; **disapproved:** *Hodgson and Raskin, Re* (1974), 47 D.L.R. (3d) 518; *Turner and Royal Trust Corp. of Canada, Re* (1985), 23 D.L.R. (4th) 746; **referred to:** *Shaw v. Royal Trust Co.* (1984), 33 R.P.R. 148; *MacDonald and Royal Trust Corp. of*

tions en litige sont les suivantes: (1) quand, selon l'article en cause, un débiteur peut-il effectuer le remboursement anticipé d'une dette hypothécaire? (2) un débiteur hypothécaire peut-il renoncer au droit de remboursement anticipé accordé par cet article? et (3) à supposer qu'il puisse le faire, le débiteur hypothécaire a-t-il renoncé au droit de remboursement anticipé en l'espèce?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le paragraphe 10(1) de la *Loi sur l'intérêt* ainsi que le par. 20(6) de *The Mortgage Act* du Manitoba ont pour objet d'assurer aux débiteurs hypothécaires le droit de purger leurs hypothèques à l'expiration de chaque période de cinq ans. Ils ne peuvent être assujettis à une hypothèque pendant plus de cinq ans. Lorsque la durée initiale d'une hypothèque dépasse cinq ans, le débiteur a le droit de la purger au bout de cinq ans conformément à l'article en question. Lorsque la durée initiale de l'hypothèque est de cinq ans ou moins et qu'elle est prorogée par convention au-delà de cinq ans (la «date de l'hypothèque» restant inchangée), le débiteur hypothécaire a le droit de purger l'hypothèque à l'expiration de cinq ans. Lorsqu'un débiteur hypothécaire choisit non pas d'exercer le droit que lui confère le par. 10(1), mais plutôt de conclure une convention de renouvellement par ailleurs valide et exécutoire suivant laquelle l'hypothèque initiale est «réputée» porter la date d'échéance du prêt existant, et que la durée de la convention de renouvellement n'est pas elle-même supérieure à cinq ans, il ne peut purger l'hypothèque qu'à la fin de la période de cinq ans prévue par la convention de renouvellement. Lorsqu'un débiteur hypothécaire qui est parfaitement au courant du droit, que lui confère la loi, d'effectuer un remboursement à l'expiration d'une période de cinq ans décide consciemment de ne pas l'exercer, cela ne constitue pas une «renonciation» à ce droit. Il décide simplement de ne pas l'exercer. Si toutefois dans un acte d'hypothèque ou une convention de renouvellement, il prétendait renoncer à son droit de purger l'hypothèque à l'expiration d'une période de cinq ans, le créancier ne pourrait pas l'obliger à se conformer à une telle stipulation. Il resterait libre de purger l'hypothèque conformément à la loi.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Deeth v. Standard Trust Co.* (1980), 12 R.P.R. 157; *Lynch and Citadel Life Assurance Co., Re* (1983), 149 D.L.R. (3d) 316; *Kaltenbach v. Royal Trust Co.* (1983), 30 R.P.R. 69; *Butcher v. Royal Trust Co.* (1984), 33 R.P.R. 178; **arrêts critiques:** *Hodgson and Raskin, Re* (1974), 47 D.L.R. (3d) 518; *Turner and Royal Trust Corp. of Canada, Re* (1985), 23 D.L.R. (4th) 746; **arrêts mentionnés:** *Shaw v. Royal Trust Co.* (1984), 33 R.P.R. 148; *MacDonald*

Canada, Re (1984), 8 D.L.R. (4th) 448; *United Trust Co. v. Dominion Stores Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 915.

Statutes and Regulations Cited

Interest Act, R.S.C. 1970, c. I-18, s. 10(1), (2).
Mortgage Act, R.S.M. 1970, c. M200, s. 20(6), (7).
Real Property Act, R.S.M. 1970, c. R30, s. 103(1)(c).

Authors Cited

Canada. Parliament. House of Commons. *Debates of the House of Commons of the Dominion of Canada*. Second Session, Fourth Parliament, vol. 1, March 31, 1880. Ottawa: Queen's Printer, 1880.
 Falconbridge, John Delatre. *Falconbridge on Mortgages*, 4th ed. Edited by W. B. Rayner and R. H. McLaren. Toronto: Canada Law Book, 1977.
 Ontario. Law Reform Commission. *Report on Section 16 of The Mortgages Act*. Toronto: Queen's Printer, 1971.
 Reiter, B. J. Annotation: *Deeth v. Standard Trust Co.* (1980), 12 R.P.R. 158.
 Stevens, David. Case Comment: *Potash v. Royal Trust Co.* (1985), 33 R.P.R. 122.
 Swan, John. Annotation: *Potash v. Royal Trust Co.* (1985), 33 R.P.R. 130.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1984), 28 Man. R. 1, 8 D.L.R. (4th) 459, [1984] 4 W.W.R. 210, 33 R.P.R. 130, allowing an appeal from a judgment of Kroft J. (1983), 33 Man. R. 117, 4 D.L.R. (4th) 41, dismissing an originating motion for relief. Appeal allowed.

R. B. Tuer, Q.C., and *David G. Stinson*, for the appellant.

William P. Riley, Q.C., and *Reuben Z. Potash*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—This appeal involves the right conferred on mortgagors by statute to prepay their mortgages in certain circumstances. The provision has been part of the law of Canada for over a century but has only recently come before the courts for interpretation. Needless to say, there are two distinct lines of authority.

and *Royal Trust Corp. of Canada, Re* (1984), 8 D.L.R. (4th) 448; *United Trust Co. c. Dominion Stores Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 915.

Lois et règlements cités

^a *Loi sur l'intérêt*, S.R.C. 1970, chap. I-18, art. 10(1), (2).
Mortgage Act, R.S.M. 1970, chap. M200, art. 20(6), (7).
^b *Real Property Act*, R.S.M. 1970, chap. R30, art. 103(1)c).

Doctrine citée

Canada. Parlement. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes du Canada*. Deuxième session, Quatrième Parlement, vol. 1, le 31 mars 1880. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1880.
^c Falconbridge, John Delatre. *Falconbridge on Mortgages*, 4th ed. Edited by W. B. Rayner and R. H. McLaren. Toronto: Canada Law Book, 1977.
 Ontario. Law Reform Commission. *Report on Section 16 of The Mortgages Act*. Toronto: Queen's Printer, 1971.
^d Reiter, B. J. Annotation: *Deeth v. Standard Trust Co.* (1980), 12 R.P.R. 158.
 Stevens, David. Case Comment: *Potash v. Royal Trust Co.* (1985), 33 R.P.R. 122.
^e Swan, John. Annotation: *Potash v. Royal Trust Co.* (1985), 33 R.P.R. 130.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1984), 28 Man. R. 1, 8 D.L.R. (4th) 459, [1984] 4 W.W.R. 210, 33 R.P.R. 130, qui a accueilli l'appel d'une décision du juge Kroft (1983), 33 Man. R. 117, 4 D.L.R. (4th) 41, qui avait rejeté une requête introductive d'instance visant à obtenir un redressement. Pourvoi accueilli.

R. B. Tuer, c.r., et *David G. Stinson*, pour l'appelante.

William P. Riley, c.r., et *Reuben Z. Potash*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

MADAME LE JUGE WILSON—Il s'agit d'un pourvoi portant sur le droit de remboursement anticipé que la loi confère aux débiteurs hypothécaires dans certaines circonstances. Ce type de disposition fait partie du droit canadien depuis plus d'un siècle, mais les tribunaux n'ont été appelés à l'interpréter que dernièrement. Il va sans dire qu'il existe deux courants distincts de jurisprudence dans ce domaine.

1. The Facts

The appellant ("Royal") and respondent ("Potash") are mortgagee and mortgagor respectively of two residential properties in Winnipeg known as 340 Church Avenue and 464 Spence Street. The dates relevant to those mortgages are as follows:

	<u>340 Church Avenue</u>	<u>464 Spence Street</u>
Mortgage execution date	July 9, 1975	January 19, 1976
Original maturity date	July 15, 1980	February 15, 1981
First renewal maturity date	August 15, 1981	March 15, 1982
Second renewal execution date	July 28, 1981	March 23, 1982
Second renewal maturity date	August 15, 1986	March 15, 1987

Each renewal was made on the standard form prepared by Royal for that purpose. It was called a "Conventional Mortgage Loan Renewal (Extension of Repayment) Agreement". In each case the renewal carried a higher rate of interest than did the mortgage. The renewals stipulated that "[a]ll terms and conditions contained in the Original Mortgage" remained in effect except as "amended" by the renewal agreement. The renewals gave Potash the right annually to prepay 10% of the principal amount of the renewed loan. There was "no further right of prepayment prior to the Maturity Date of Mortgage Loan Renewal". The renewals stated that the "Original Mortgage" was "deemed" to be dated as of the maturity date of the existing loan.

Having entered into a second renewal of each mortgage, Potash made regular payments as required until June 1983. At the end of that month he tendered the principal amount due on each

1. Les faits

L'intimé («Potash») a consenti à l'appelante («Royal») des hypothèques grevant deux propriétés résidentielles situées au 340, avenue Church, et au 464, rue Spence, à Winnipeg. Voici les dates pertinentes en ce qui concerne ces hypothèques:

	<u>340, avenue Church</u>	<u>464, rue Spence</u>
Date de l'hypothèque	9 juillet 1975	19 janvier 1976
Date d'échéance initiale	15 juillet 1980	15 février 1981
Date d'échéance du premier renouvellement	15 août 1981	15 mars 1982
Date du second renouvellement	28 juillet 1981	23 mars 1982
Date d'échéance du second renouvellement	15 août 1986	15 mars 1987

Chaque renouvellement s'est fait au moyen de la formule normalisée établie par Royal à cette fin. Cette formule s'appelait [TRADUCTION] «Convention type de renouvellement de prêt hypothécaire (prorogation d'échéance)». La convention de renouvellement comportait dans chaque cas un taux d'intérêt supérieur à celui fixé par l'acte d'hypothèque. Selon les conventions de renouvellement, [TRADUCTION] «[t]outes les modalités de l'hypothèque initiale» continuaient de s'appliquer sous réserve des [TRADUCTION] «modifications» apportées par la convention de renouvellement. Les renouvellements accordaient à Potash le droit d'effectuer annuellement un remboursement anticipé de 10 pour cent du capital du prêt renouvelé. Il n'y avait [TRADUCTION] «aucun autre droit de remboursement anticipé avant la date d'échéance du renouvellement du prêt hypothécaire». Les conventions de renouvellement stipulaient que l'[TRADUCTION] «hypothèque initiale» était «réputée» porter la date d'échéance du prêt existant.

Ayant contracté un second renouvellement de chaque hypothèque, Potash a effectué jusqu'en juin 1983 les versements réguliers prescrits. À la fin de ce mois, il a offert à l'égard de chaque

mortgage as at July 1, 1983 along with interest for three months. Royal refused to accept Potash's payment. Potash applied for an order of discharge of the mortgages under s. 103(1) of *The Real Property Act*, R.S.M. 1970, c. R30.

2. The Legislation

There is both federal and provincial legislation relevant to this appeal. The provincial enactment closely follows the federal which was the first to be passed. Other Canadian jurisdictions have modelled their provisions on the federal legislation and, beyond quoting the Manitoba section, I shall thereafter refer only to the provision in the federal Act.

Section 10(1) of the *Interest Act*, R.S.C. 1970, c. I-18, reads:

10. (1) Whenever any principal money or interest secured by mortgage of real estate is not, under the terms of the mortgage, payable until a time more than five years after the date of the mortgage, then, if at any time after the expiration of such five years, any person liable to pay or entitled to redeem the mortgage tenders or pays, to the person entitled to receive the money, the amount due for principal money and interest to the time of payment, as calculated under sections 6 to 9, together with three months further interest in lieu of notice, no further interest shall be chargeable, payable or recoverable at any time thereafter on the principal money or interest due under the mortgage.

Subsection (2) of s. 10 excludes corporate mortgagors from the protection conferred by subs. (1).

Section 20(6) of *The Mortgage Act*, R.S.M. 1970, c. M200 provides:

20(6) Subject to subsection (7), where any principal money or interest secured by a mortgage of real estate is not, under the terms of the mortgage, payable till a time more than five years after the date of the mortgage, if, at any time after the expiration of the five years, any person liable to pay or entitled to redeem tenders or pays to the person entitled to receive the money the amount due for principal money and interest to the time of the tender or payment, together with three months' further interest in lieu of notice, no further interest shall be chargeable, payable, or recoverable, at any time thereaf-

hypothèque le capital dû au 1^{er} juillet 1983 ainsi que les intérêts pour trois mois. Royal a refusé d'accepter ce paiement de Potash. Ce dernier a alors demandé, en vertu du par. 103(1) de *The Real Property Act*, R.S.M. 1970, chap. R30, une ordonnance de mainlevée des hypothèques.

2. Les textes législatifs

Il existe à la fois une loi fédérale et une loi provinciale qui sont pertinentes aux fins de ce pourvoi. La loi provinciale ressemble beaucoup à la loi fédérale qui a été adoptée la première. D'autres ressorts canadiens ont modelé leurs dispositions sur la loi fédérale, de sorte que, après avoir reproduit l'article manitobain, je me référerai exclusivement à la disposition figurant dans la loi fédérale.

Le paragraphe 10(1) de la *Loi sur l'intérêt*, S.R.C. 1970, chap. I-18 se lit ainsi:

10. (1) Lorsqu'une somme principale ou un intérêt garanti par hypothèque sur biens-fonds n'est pas payable, d'après les termes de l'acte d'hypothèque, avant qu'il se soit écoulé plus de cinq ans à compter de la date de l'hypothèque, alors, si, à quelque époque après l'expiration de ces cinq ans, la personne tenue de payer ou ayant droit de purger l'hypothèque, offre ou paie à la personne qui a droit de recevoir l'argent, la somme due à titre de principal et l'intérêt jusqu'à la date du paiement calculé conformément aux articles 6 à 9, en y ajoutant trois mois d'intérêt pour tenir lieu d'avis, nul autre intérêt n'est exigible, payable ou recouvrable à une époque ultérieure sur le principal ni sur l'intérêt dû en vertu de l'acte d'hypothèque.

Le paragraphe 10(2) prévoit que les sociétés débitrices hypothécaires ne bénéficient pas de la protection accordée par le par. (1).

Le paragraphe 20(6) de *The Mortgage Act*, R.S.M. 1970, chap. M200, dispose:

[TRADUCTION] 20(6) Sous réserve du paragraphe (7), lorsqu'une somme principale ou un intérêt garanti par hypothèque sur biens-fonds n'est pas payable, d'après les termes de l'acte d'hypothèque, avant qu'il se soit écoulé plus de cinq ans à compter de la date de l'hypothèque, alors, si, à quelque époque après l'expiration des cinq ans, la personne tenue de payer ou ayant droit de purger l'hypothèque, offre ou paie à la personne qui a droit de recevoir l'argent, la somme due à titre de principal et l'intérêt jusqu'à la date de l'offre ou du paiement, en y ajoutant trois mois d'intérêt pour tenir lieu d'avis, nul

ter on the principal money or interest due under the mortgage.

As with the federal statute, subs. (7) of the Manitoba Act excludes corporate mortgagors of real property from the protection of subs. (6).

The other relevant provision is s. 103(1) of *The Real Property Act* under which Potash applied to the court for an order discharging the mortgages. It reads:

103(1) Where a mortgagor is entitled to redeem the mortgage by payment of the moneys due thereunder

(c) if the mortgagee, having been paid or tendered the amount claimed by the mortgagor to be due under the mortgage, neglects to furnish a discharge of mortgage or refuses to do so on the ground that an amount greater than that paid or tendered by the mortgagor is owing, or on any other ground;

the mortgagor may apply to the court for an order discharging the mortgage or determining the balance owing; and the costs of the application, including the taking of accounts, are in the discretion of the court.

3. The Courts Below

Potash's application was heard by Kroft J. of the Manitoba Court of Queen's Bench. Potash contended that the section permitted him to prepay both mortgages since more than five years would elapse from the "date of the mortgage" until the time each was payable. The application was dismissed by Kroft J. on the ground that whatever rights of prepayment Potash may have had, he had clearly contracted out of them in the renewal agreements. Kroft J. held that it was not against public policy for Potash and Royal to contract out of the statutory prepayment right and Potash could therefore exercise only those prepayment rights contained in the renewal agreements.

autre intérêt n'est exigible, payable ou recouvrable à une époque ultérieure sur le principal ni sur l'intérêt dû en vertu de l'acte d'hypothèque.

À l'instar de la loi fédérale, le par. (7) de la loi manitobaine prévoit que les sociétés qui consentent des hypothèques sur des biens-fonds ne jouissent pas de la protection du par. (6).

L'autre disposition pertinente est le par. 103(1) de *The Real Property Act* en vertu duquel Potash a demandé au tribunal une ordonnance de mainlevée des hypothèques. Le par. 103(1) est ainsi conçu:

[TRADUCTION] **103(1)** Lorsqu'un débiteur hypothécaire est en droit de purger l'hypothèque par le paiement des sommes dues en vertu de celle-ci

c) si le créancier hypothécaire, à la suite du paiement ou de l'offre de paiement des sommes qui, selon le débiteur hypothécaire, sont dues en vertu de l'hypothèque, n'accorde pas de mainlevée d'hypothèque ou refuse de l'accorder pour le motif que la somme due est supérieure à celle payée ou offerte par le débiteur hypothécaire, ou pour tout autre motif;

le débiteur hypothécaire peut demander au tribunal soit de rendre une ordonnance de mainlevée d'hypothèque, soit de déterminer le solde dû; l'attribution des dépens de la demande, y compris les frais comptables, relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

3. Les tribunaux d'instance inférieure

La demande de Potash a été entendue par le juge Kroft de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba. Suivant l'argument de Potash, la disposition en question l'autorisait à rembourser par anticipation les deux hypothèques puisque plus de cinq ans s'écouleraient entre la [TRADUCTION] «date de l'hypothèque» et leurs dates d'échéance respectives. Le juge Kroft a rejeté la demande pour le motif que, quels que soient les droits de remboursement anticipé que Potash a pu posséder, il y avait manifestement renoncé dans les conventions de renouvellement. Le juge Kroft a conclu qu'il n'était pas contraire à l'intérêt public que Potash et Royal renoncent au droit de remboursement anticipé prévu par la loi et que, par conséquent, Potash ne pouvait exercer que les droits de remboursement anticipé stipulés dans les conventions de renouvellement.

An appeal by Potash to the Court of Appeal for Manitoba was successful. Writing for himself, Hall and O'Sullivan J.J.A., Matas J.A. noted that the terms of each mortgage had originally been for just over five years. He also noted that when the extended maturity dates were considered, each mortgage was payable just over eleven years from the "date of the mortgage". Potash was therefore entitled to prepay each mortgage. Matas J.A. concluded that on the plain meaning of the section the "date of the mortgage" could only be the date of the mortgages originally given by Potash to Royal. These were the only mortgages in existence. As Matas J.A. put it:

In my view, the agreements should not be taken to be new mortgages. It was not suggested by Royal that it has given up its prior security under the original mortgages. . . . The agreements by their own terms continue the original mortgages in full force and effect except as amended by the renewal agreements . . . The purported change in date by the "deeming clause" and the change in the repayment privileges do not undo the existence of the original mortgages.

Matas J.A. disagreed with Kroft J.'s conclusion that the parties could contract out of the statutory prepayment provision. He examined the case law in some detail and concluded that it was not possible to contract out of the prepayment right which was designed to protect the public. Everyone might at some time wish to borrow money by way of mortgage of real property and would then need the protection of the section. To permit contracting out would soon result in the section's becoming "a dead letter". Matas J.A. concluded that "the agreements, notwithstanding the 'deemed date' clause and the limitation on prepayment, contravene the legislation and cannot stand".

L'appel interjeté par Potash devant la Cour d'appel du Manitoba a été accueilli. Dans les motifs qu'il a rédigés en son propre nom et en celui des juges Hall et O'Sullivan, le juge Matas a souligné que la durée initiale de chaque hypothèque avait été d'un peu plus de cinq ans. Il a fait remarquer en outre que, si l'on considérait les dates de prorogation des échéances, chacune des hypothèques serait payable dans un peu plus de onze ans à compter de la «date de l'hypothèque». Potash avait donc le droit de rembourser par anticipation chaque hypothèque. Le juge Matas a conclu que, selon le sens manifeste de l'article en cause, la «date de l'hypothèque» ne pouvait être que la date à laquelle Potash a initialement consenti les hypothèques à Royal. C'étaient là les seules hypothèques qui existaient. Comme l'a dit le juge Matas:

[TRADUCTION] À mon avis, les conventions ne doivent pas être considérées comme de nouvelles hypothèques. Royal n'a pas laissé entendre qu'elle a renoncé à la sûreté antérieure qu'elle avait en vertu des hypothèques initiales . . . Suivant les termes mêmes des conventions de renouvellement, les hypothèques initiales continuent de s'appliquer intégralement sous réserve des modifications apportées par lesdites conventions . . . Ni le changement de date apparemment effectué par la «clause déterminative» ni la modification des privilèges de remboursement ne suppriment les hypothèques initiales.

Le juge Matas s'est dit en désaccord avec la conclusion du juge Kroft selon laquelle les parties pouvaient renoncer à l'application de la disposition législative relative au remboursement anticipé. À la suite d'un examen assez approfondi de la jurisprudence, le juge Matas a conclu qu'il n'était pas possible de renoncer au droit de remboursement anticipé, conçu pour protéger le public. Tout le monde pourrait à un moment donné vouloir emprunter de l'argent en consentant une hypothèque sur un bien-fonds et, à ce moment-là, aurait besoin de la protection offerte par la disposition en question. S'il était permis d'y renoncer cette disposition deviendrait vite [TRADUCTION] «lettre morte». Pour terminer, le juge Matas a affirmé que [TRADUCTION] «les conventions, nonobstant la clause relative à la «date réputée» de l'hypothèque et la restriction au droit de remboursement anticipé, contreviennent à la loi et ne peuvent être maintenues».

4. The Issues

(a) When may a mortgagor prepay a mortgage pursuant to the section?

(b) May a mortgagor contract out of or waive the prepayment right granted by the section?

(c) If a mortgagor may contract out of or waive the prepayment right, did the mortgagor do so in this case?

5. When Does the Right to Prepay Arise?

The statutory right to prepay certain mortgages was enacted first by Parliament over a century ago. Yet it is only recently that the courts have been faced with the issue which is at the heart of this appeal. This is doubtless due to the fact that in the past decade or so interest rates have been relatively unstable. As a consequence, short term mortgages have been popular with lenders and borrowers. Many mortgages have been given for terms of five years or less and the parties have subsequently agreed to extend the maturity date. In this appeal the Court is asked to interpret and apply in a contemporary setting a section enacted in response to conditions prevailing a century ago when farmers were locked into long term mortgages at exorbitant interest rates by moneylenders who were "eating up the vitals of the yeomanry of the country": *House of Commons Debates*, March 31, 1880, p. 954.

As a preliminary matter it should be noted that there are many permutations of mortgage dealings which may be affected by the section. There are cases in which the original term of the mortgage will be exactly five years and the maturity date is extended for a further term. In other cases the original term of the mortgage will be for less than five years but the parties agree to extend it by a period of five years or more so that it will ultimately mature more than five years from its original date. In still other cases the original term will

4. Les questions en litige

a) Quand, selon l'article en cause, un débiteur peut-il effectuer le remboursement anticipé d'une dette hypothécaire?

b) Un débiteur hypothécaire peut-il renoncer au droit de remboursement anticipé accordé par cet article?

c) À supposer qu'il puisse le faire, le débiteur hypothécaire a-t-il renoncé au droit de remboursement anticipé en l'espèce?

5. Quand y a-t-il droit de remboursement anticipé?

Voilà plus d'un siècle que le Parlement a édicté pour la première fois le droit de rembourser par anticipation certaines hypothèques. Ce n'est toutefois que récemment que les tribunaux ont dû faire face à la question qui est au cœur de ce pourvoi. Cela tient sans doute à l'instabilité relative des taux d'intérêt depuis une dizaine d'années, phénomène qui est à l'origine de la vogue des hypothèques à court terme chez les prêteurs et emprunteurs. Un bon nombre d'hypothèques d'une durée de cinq ans ou moins ont été consenties et les parties ont par la suite convenu d'en proroger la date d'échéance. En l'espèce, on demande à la Cour d'interpréter et d'appliquer dans un contexte contemporain un article adopté pour répondre à des circonstances qui régnaient il y a un siècle lorsque les fermiers se trouvaient assujettis à des hypothèques à long terme assorties de taux d'intérêt exorbitants, par des bailleurs de fonds qui [TRADUCTION] «attaqu[ai]ent la vie du cultivateur dans sa source même»: *Débats de la Chambre des communes*, le 31 mars 1880, à la p. 962.

Une observation préliminaire s'impose, savoir que l'article en question peut viser de nombreuses permutations d'opérations hypothécaires. Il y a des cas où la durée initiale de l'hypothèque est d'exactement cinq ans et où il y a prorogation de la date d'échéance. Dans d'autres cas, la durée initiale de l'hypothèque est de moins de cinq ans, mais les parties acceptent de la proroger de cinq ans ou plus, de sorte que l'hypothèque arrivera à échéance en fin de compte plus de cinq ans après sa date initiale. Il y a d'autres cas encore où la durée

be for less than five years and so will the agreed upon extension but together they will make the mortgage payable more than five years from its original date. In approaching this particular case these permutations must be borne in mind.

Counsel for Royal argued that a broad and liberal interpretation should be given to s. 10. He submitted that the purpose of the section was to ensure that mortgagors are not "locked in" for more than five years without an opportunity to re-negotiate terms. To achieve this purpose in a case where mortgages have been renewed the phrase "date of the mortgage" should be read as "date of the renewal agreement" and the phrase "the terms of the mortgage" should be read as "the terms of the mortgage as amended by the renewal agreement". In effect, counsel submitted that for the purposes of s. 10 the renewal agreements should be viewed as new mortgages. Counsel argued that a broad and liberal interpretation of the section is most in keeping with the reasonable expectations of the parties and with current commercial realities. He submitted that any other interpretation would lead to inconvenience and added expense for mortgagors. They would have to enter into new mortgages every five years. It would also result in hardship for mortgagees who would suffer from lack of the certainty necessary to their financial planning.

Counsel for Royal did not suggest that it had lost its priority under the mortgages by reason of the renewals. They were not new mortgages in that sense. Indeed, they expressly recognized the continuing validity of the original mortgages and purported only to amend certain specified terms. The original mortgages contained the only grants of land as security for the loans so that Royal's priority *vis-à-vis* third parties was not at issue. There was therefore no inconsistency in Royal's position that the renewals might be viewed as new mortgages for purposes of s. 10 as between borrower and lender while affecting not at all the

initiale, ainsi que la prorogation dont on a pu convenir, sera de moins de cinq ans, mais où, ensemble, elles auront pour effet de rendre la dette hypothécaire exigible plus de cinq ans après la date initiale de l'hypothèque. Ces permutations doivent être gardées à l'esprit en l'espèce.

L'avocat de Royal a fait valoir qu'il convient de donner à l'art. 10 une interprétation large et libérale. Selon lui, cet article vise à garantir que les débiteurs hypothécaires ne soient pas «assujettis» à une hypothèque pendant plus de cinq ans sans aucune possibilité d'en renégocier les conditions. Pour atteindre ce but dans un cas de renouvellement d'hypothèque, l'expression «date de l'hypothèque» doit avoir le sens de «date de la convention de renouvellement» et l'expression «les termes de l'acte d'hypothèque» doit signifier «les termes de l'acte d'hypothèque tels que modifiés par la convention de renouvellement». En fait, l'avocat a soutenu qu'aux fins de l'art. 10 les conventions de renouvellement doivent être considérées comme de nouvelles hypothèques. L'avocat a fait valoir que c'est une interprétation large et libérale de l'article qui est le plus conforme aux attentes raisonnables des parties et aux réalités commerciales actuelles. L'avocat a allégué que toute autre interprétation occasionnerait aux débiteurs hypothécaires des inconvénients ainsi que des dépenses supplémentaires. Ils se verraient obligés de consentir de nouvelles hypothèques tous les cinq ans. De plus, cela aurait pour effet de causer des difficultés aux créanciers hypothécaires qui souffriraient de l'absence de la certitude nécessaire à leur planification financière.

L'avocat de Royal n'a pas prétendu que les renouvellements faisaient perdre à celle-ci le rang que lui conféraient les hypothèques. Il ne s'agissait pas de nouvelles hypothèques dans ce sens. Au contraire, les conventions de renouvellement reconnaissent expressément la validité constante des hypothèques initiales et avaient uniquement pour effet d'en modifier certaines conditions précises. Les actes d'hypothèque initiaux contenaient les seules cessions de biens-fonds en garantie des prêts, de sorte que le rang de Royal par rapport aux tiers n'était nullement en cause. Il n'y avait donc rien de contradictoire dans la position de

priority of the mortgage *vis-à-vis* third parties arising from the original grant of the land as security. This was merely a reflection of the dual aspect of a mortgage.

Counsel for Potash contended that Royal was asking the Court to read words into the section, something that could not be done when the section's meaning is clear on its face. Counsel argued that the Court cannot interpret legislation so as to adapt it to changing commercial conditions. The intention of the legislature at the time the section was enacted is the only relevant one. The meaning of the section is perfectly clear. Any changes to the legislation should be made by the legislatures and not by the courts. Counsel also argued that Royal could not have it both ways. It could not maintain that the renewals were new mortgages for purposes of s. 10 but remained the original mortgages for purposes of priority of the security.

Each of the mortgages given by Potash to Royal was renewed twice. The renewal agreements in each case purported to amend the original mortgages, leaving most of their "terms and conditions" unchanged and affirming their ongoing validity. The second renewals extended the maturity date of each mortgage loan by exactly five years from the maturity date on the first renewals. One crucial amendment concerned the "date of the mortgage" which was "deemed" to be the maturity date of the existing loan.

In determining the applicability of the section to any particular mortgage, one must ascertain both the "date of the mortgage" and the duration of the mortgage "under the terms of the mortgage". There is no problem when the mortgage remains in its pristine form unamended. The problems arise when the parties have purported to change the

Royal, selon laquelle les renouvellements pourraient être considérés en ce qui concerne le prêteur et l'emprunteur comme de nouvelles hypothèques aux fins de l'art. 10, tout en ne modifiant absolument pas le rang par rapport aux tiers conféré par l'hypothèque par suite de la cession initiale des biens-fonds à titre de garantie. Ce n'était là qu'une manifestation de la dualité d'une hypothèque.

L'avocat de Potash a soutenu que Royal demandait à la Cour de faire dire à l'article ce qu'il ne disait pas, ce qui ne peut être fait étant donné que son sens ne présente aucune équivoque. L'avocat a fait valoir qu'il n'est pas loisible à la Cour d'interpréter une mesure législative de manière à l'adapter à des conditions commerciales changeantes. Seule compte l'intention du législateur au moment de l'adoption de l'article. Le sens de ce dernier est parfaitement clair. Toute modification de la mesure législative doit être apportée par le législateur et non par les tribunaux. De plus, l'avocat a soutenu que Royal ne pouvait pas gagner sur les deux plans. Elle ne pouvait pas soutenir que les renouvellements constituaient de nouvelles hypothèques aux fins de l'art. 10, tout en continuant d'être les hypothèques initiales pour ce qui est du rang de l'hypothèque.

Chacune des hypothèques consenties par Potash à Royal a été renouvelée à deux reprises. Dans chaque cas, les conventions de renouvellement avaient pour effet de modifier les hypothèques initiales, dont les [TRADUCTION] «modalités» pour la plupart restaient inchangées et dont la validité était confirmée. Le second renouvellement prorogait la date d'échéance de chaque prêt hypothécaire pour une durée d'exactly cinq ans à partir de la date d'échéance fixée par les premières conventions de renouvellement. Une modification importante concernait la «date de l'hypothèque» qui était «réputée» être la date d'échéance du prêt existant.

En déterminant l'applicabilité de l'article en cause à une hypothèque donnée, on doit vérifier à la fois la «date de l'hypothèque» et la durée de l'hypothèque «d'après les termes de l'acte d'hypothèque». Aucun problème ne se pose lorsque l'hypothèque reste dans son état initial sans avoir subi de modification. Là où les problèmes surgissent

date of the mortgage or the terms of the mortgage or both in a subsequent renewal agreement. This is what happened in this case.

What is meant by the phrases "date of the mortgage" and "terms of the mortgage" in a case where the parties have entered into a renewal agreement? The Ontario Law Reform Commission in its *Report on Section 16 of The Mortgages Act* (1971), had this to say at p. 14:

Some lenders are of the opinion that the renewal represents a new agreement and that the five-year period must therefore be re-calculated from the date of renewal. Others assert that there is no right to prepay if on the face of the mortgage document the term of the mortgage is not for more than five years. These views, however, ignore the facts that by the terms of the legislation the five-year period runs from the date of the mortgage, in other words from the date that the conveyance to the mortgagee of the original mortgagor's interest was made, that renewal in this context merely alters the date for termination, and that if renewal truly effected a new mortgage contract there would be doubt as to whether priority for the principal debt over second and later encumbrances could be preserved. In this last instance no renewal could safely be made without getting subsequent encumbrancers to agree to the postponement of their interests.

There are no reported cases on these points but from a careful reading of subsection 1 it appears that renewal or extension does not interfere with the running of the time whereby the right to prepay is determined and that it makes no difference how the renewal or extension is effected. Any other decision could lead to a constantly renewed mortgage contract which would negate the policy of subsection 1, that all private (as opposed to commercial) mortgages should be open after their first five years.

(Emphasis added.)

c'est quand les parties ont apparemment modifié la date de l'hypothèque ou les termes de l'acte d'hypothèque ou les deux à la fois, dans une convention de renouvellement subséquente. C'est ce qui est arrivé en l'espèce.

Que signifient les expressions «date de l'hypothèque» et «termes de l'acte d'hypothèque» dans un cas où les parties ont conclu une convention de renouvellement? La Commission de réforme du droit de l'Ontario dans son document intitulé *Report on Section 16 of The Mortgages Act* (1971), dit ceci à la p. 14:

[TRADUCTION] Certains prêteurs estiment que le renouvellement représente une convention nouvelle et que la période de cinq ans est donc à recalculer à partir de la date du renouvellement. D'autres affirment qu'il n'y a aucun droit de remboursement anticipé s'il ressort de la lecture de l'acte d'hypothèque que la durée de l'hypothèque ne dépasse pas cinq ans. Ces opinions font toutefois abstraction de ce que, suivant la loi, la période de cinq ans court à partir de la date de l'hypothèque, en d'autres termes à compter de la date à laquelle le droit du débiteur hypothécaire a été initialement cédé au créancier hypothécaire, de ce que le renouvellement dans ce contexte ne fait que modifier la date d'échéance, et de ce que, si le renouvellement constituait effectivement un nouveau contrat d'hypothèque, il y aurait des doutes quant à savoir si la priorité de la dette principale sur des charges de second rang et sur des charges ultérieures pourrait être maintenue. Dans ce dernier cas, aucun renouvellement ne pourrait être effectué en toute sécurité sans qu'on obtienne des autres créanciers privilégiés qu'ils consentent à céder leur rang.

Il n'y a dans les recueils de jurisprudence aucune cause qui traite de ces points, mais il paraît se dégager d'une lecture attentive du paragraphe 1 qu'un renouvellement ou une prorogation ne change rien au délai à l'intérieur duquel on peut exercer le droit de remboursement anticipé et qu'à ce propos la manière dont se fait le renouvellement ou la prorogation est sans importance. Toute autre décision risquerait d'aboutir au renouvellement constant des contrats d'hypothèque, ce qui contrecarrerait la politique énoncée au paragraphe 1, savoir que toutes les hypothèques privées (par opposition à commerciales) devraient pouvoir être remboursées par anticipation après leurs cinq premières années d'existence.

(C'est moi qui souligne.)

This view has been subjected to criticism by a number of commentators on the ground that the Commission's interpretation, although consistent with the words of the section, is not compelled by them: see B. J. Reiter, Annotation: *Deeth v. Standard Trust Co.* (1980), 12 R.P.R. 158; D. Stevens, Case Comment: *Potash v. Royal Trust Co.* (1985), 33 R.P.R. 122; J. Swan, Annotation: *Potash v. Royal Trust Co.* (1985), 33 R.P.R. 130 (C.A.) It is pointed out that such an interpretation can create hardship for both mortgagors and mortgagees. Completely new mortgages would have to be entered into at the end of each five-year period. As a consequence mortgagees will lose their priority *vis-à-vis* subsequent encumbrancers unless they can obtain postponement agreements. If this costs them something, or if they are unable to obtain such agreements, their costs will be passed on to the mortgagor. It will be more difficult and more expensive for mortgagors to refinance their mortgages with the same mortgagee. Mortgagors will also be put to added expense in the form of solicitor's fees, registration fees and perhaps insurance costs. These not inconsiderable costs will run every five years over the time usually required to satisfy the purchase price of a home, eventually adding up to a substantial sum.

An alternative interpretation is suggested, namely that the purpose of s. 10(1) is not to ensure that a mortgage remain open after the first five years but to ensure that a mortgagor can, if he wishes, redeem his mortgage at least once in every five-year period. On this approach a mortgagee could not enforce against a mortgagor a term in excess of five years. Nevertheless, a mortgagor having the statutory right to redeem available to him at the end of the five-year period may decide not to exercise it but instead to renew for another term. This interpretation accommodates the notion that the mortgagor cannot be "locked in" to a mortgage for more than five years as contemplated by the section but upholds his freedom to choose to either pay or renew for a further term of not more

Plusieurs glossateurs ont critiqué ce point de vue pour le motif que l'interprétation de la Commission, quoique en harmonie avec le texte de l'article, n'est pas du tout inéluctable: voir B. J. Reiter, Annotation: *Deeth v. Standard Trust Co.* (1980), 12 R.P.R. 158; D. Stevens, Case Comment: *Potash v. Royal Trust Co.* (1985), 33 R.P.R. 122; J. Swan, Annotation: *Potash v. Royal Trust Co.* (1985), 33 R.P.R. 130 (C.A.) On souligne que cette interprétation pourrait être une source de difficultés tant pour les débiteurs que pour les créanciers hypothécaires. Il faudrait conclure des hypothèques complètement nouvelles à la fin de chaque période de cinq ans. Par conséquent, les créanciers hypothécaires perdraient leur priorité sur les créanciers privilégiés qui prennent rang après eux, à moins que ces derniers ne consentent à céder leur rang. Si cela nécessitait des dépenses ou s'il y avait impossibilité d'obtenir ces consentements, les frais devraient alors être assumés par le débiteur hypothécaire. Il serait plus difficile et plus coûteux pour les débiteurs hypothécaires de refinancer leurs hypothèques avec le même créancier. Les débiteurs hypothécaires devraient en outre engager des dépenses supplémentaires pour les honoraires d'avocat, les droits d'enregistrement et peut-être les frais d'assurance. Ces dépenses non négligeables seraient à refaire tous les cinq ans pendant le temps normalement requis pour payer le prix d'achat d'une maison, ce qui, à la longue, constituerait une somme considérable.

Une autre interprétation a été proposée, savoir que le par. 10(1) vise non pas à garantir qu'un prêt hypothécaire demeure remboursable par anticipation à l'expiration des cinq premières années, mais à assurer au débiteur hypothécaire la possibilité, s'il le souhaite, de purger son hypothèque au moins une fois par cinq ans. Suivant ce point de vue, un créancier hypothécaire ne saurait imposer à un débiteur hypothécaire une durée de plus de cinq ans. Néanmoins, un débiteur hypothécaire qui, en vertu de la loi, jouit du droit de purger l'hypothèque à l'expiration de la période de cinq ans, peut décider ne pas exercer ce droit et de renouveler l'hypothèque pour une période supplémentaire. Cette interprétation, tout en reconnaissant la notion selon laquelle le débiteur hypothécaire ne

than five years. Both interpretations of the section find support in the authorities.

6. The Authorities

In *Re Hodgson and Raskin* (1974), 47 D.L.R. (3d) 518 (Ont. H.C.), Goodman J. (as he then was) held that s. 10 does not apply if the original term of the mortgage is not for more than five years. The section, he concludes, is not triggered by an extension agreement which postpones the maturity date beyond the five-year period. The section, in his view, addresses only the original mortgage and, if it does not offend the section, the application of the section is spent and the parties are free to extend the term by any period they choose. The section on its plain meaning does not apply to renewal agreements.

Goodman J.'s judgment has been subjected to severe criticism on the basis that it could have the effect of totally defeating the purpose of the legislation as that purpose is perceived by the Ontario Law Reform Commission, namely that mortgages are to be open after the first five years: see *Falconbridge on Mortgages* (4th ed. 1977) at pp. 45-46. Goodman J.'s interpretation would also, by failing to address mortgage renewals at all, defeat the purpose of the section as perceived by commentators such as Stevens. I think the criticism is valid. I do not believe the legislature could have intended the very restrictive interpretation put upon the section by Goodman J.

In *Deeth v. Standard Trust Co.* (1980), 12 R.P.R. 157, the term of the mortgage was just over five years. The parties entered into a renewal agreement extending the maturity date. The Ontario Divisional Court endorsed one aspect of Goodman J.'s reasons in *Hodgson and Raskin*.

peut, d'après l'article en cause, être «assujetti» à une hypothèque pendant plus de cinq ans, respecte sa liberté de choisir soit de payer soit de renouveler pour une période supplémentaire ne dépassant pas cinq ans. Ces interprétations de l'article sont toutes les deux appuyées par la jurisprudence et la doctrine.

6. La jurisprudence et la doctrine

Dans la décision *Re Hodgson and Raskin* (1974), 47 D.L.R. (3d) 518 (H.C. Ont.), le juge Goodman (tel était alors son titre) a conclu que l'art. 10 ne s'applique pas si la durée initiale de l'hypothèque n'est pas supérieure à cinq ans. Il a conclu qu'une convention de prorogation qui reporte la date d'échéance au-delà de l'expiration de la période de cinq ans n'entraîne pas l'application de l'article. L'article, à son avis, ne vise que l'hypothèque initiale et, si cette dernière n'y contrevient pas, il est inapplicable et les parties sont alors libres de proroger la durée de l'hypothèque pour aussi longtemps qu'elles le souhaitent. D'après son sens manifeste, l'article ne s'applique pas à des conventions de renouvellement.

La décision du juge Goodman a fait l'objet de critiques sévères parce qu'elle pouvait avoir pour effet de contrecarrer complètement l'objet de la disposition en question, qui, d'après la Commission de réforme du droit de l'Ontario, est de faire en sorte que les prêts hypothécaires soient remboursables par anticipation à l'expiration des cinq premières années: voir *Falconbridge on Mortgages* (4th ed. 1977), aux pp. 45 et 46. De plus, en ne tenant pas du tout compte des renouvellements d'hypothèque, l'interprétation du juge Goodman irait à l'encontre de l'objet que prètent à l'article des glossateurs comme Stevens. Je crois que ces critiques sont bien fondées. À mon avis, le législateur n'a pas pu vouloir que l'article reçoive l'interprétation fort restrictive que lui donne le juge Goodman.

Dans l'affaire *Deeth v. Standard Trust Co.* (1980), 12 R.P.R. 157, la durée de l'hypothèque était d'un peu plus de cinq ans. Les parties ont passé une convention de renouvellement qui prorogait la date d'échéance. La Cour divisionnaire de l'Ontario a approuvé, sous un aspect, les motifs de

Van Camp J. agreed that the "date of the mortgage" within the meaning of the section was the date of execution of the original mortgage because, as she put it, it was "the only mortgage which is in existence" (at p. 165). I take no issue with the conclusion of Van Camp J. No attempt was made in *Deeth* (as in the present case) to create a new mortgage date from which a new five-year period would start to run. The parties simply extended the original term.

In *Re Lynch and Citadel Life Assurance Co.* (1983), 149 D.L.R. (3d) 316 (B.C.S.C.), the term of the original mortgage was again just over five years. The parties entered into a renewal agreement for exactly five years and the renewal agreement provided that the original mortgage was to continue in full force and effect except as modified by the renewal. Bouck J. followed the decision of the Ontario Divisional Court in *Deeth* and held that for purposes of s. 10 the "date of the mortgage" was the execution date of the original mortgage. There was again no attempt in the renewal agreement to "deem" a new "date of the mortgage" and Bouck J., in stating that a subsequent renewal does not automatically change the "date of the mortgage" for purposes of the section, left open the question whether the result might not be different if the renewal agreement expressly provided for a new date.

Bouck J. did not have long to wait for a renewal agreement which did expressly "deem" a new date for the mortgage. The facts in *Kaltenbach v. Royal Trust Co.* (1983), 30 R.P.R. 69 (B.C.S.C.), are very similar to the present case. The parties renewed a mortgage that had originally been for just over five years. It was renewed for exactly five years from the "deemed" date of the mortgage which the parties had agreed upon. Bouck J. concluded that, because the parties had agreed to a

jugement du juge Goodman dans l'affaire *Hodgson and Raskin*. Le juge Van Camp a été d'accord pour affirmer que la «date de l'hypothèque» au sens de l'article en cause était la date de signature de l'acte d'hypothèque initiale parce que, selon elle, c'est [TRADUCTION] «la seule hypothèque qui existe» (à la p. 165). Je ne conteste pas la conclusion du juge Van Camp. Il n'y a eu, dans l'affaire *Deeth* (non plus que dans la présente affaire), aucune tentative de fixer une nouvelle date d'hypothèque à partir de laquelle commencerait à courir une nouvelle période de cinq ans. Les parties ont simplement prorogé la période initiale.

Dans l'affaire *Re Lynch and Citadel Life Assurance Co.* (1983), 149 D.L.R. (3d) 316 (C.S.C.-B.), il s'agissait une fois de plus d'un cas où la durée de l'hypothèque initiale était d'un peu plus de cinq ans. Les parties ont conclu une convention de renouvellement pour une période d'exactly cinq ans et cette convention prévoyait que, sous réserve des modifications apportées par la convention de renouvellement, l'hypothèque initiale continuait de s'appliquer intégralement. Le juge Bouck, qui a suivi la décision *Deeth* de la Cour divisionnaire de l'Ontario, a conclu que, pour les fins de l'art. 10, la «date de l'hypothèque» était la date de signature de l'hypothèque initiale. Là encore il n'y a pas eu de tentative dans la convention de renouvellement pour qu'une nouvelle «date de l'hypothèque» soit «réputée» stipulée et le juge Bouck, en déclarant qu'un renouvellement subséquent ne change pas automatiquement la «date de l'hypothèque» aux fins de l'article, a laissé entière la question de savoir si l'on pourrait arriver à une conclusion différente si la convention de renouvellement prévoyait expressément une nouvelle date.

Le juge Bouck n'a pas eu à attendre longtemps pour voir une convention de renouvellement en vertu de laquelle une nouvelle date de l'hypothèque était «réputée» expressément stipulée. De par ses faits, l'affaire *Kaltenbach v. Royal Trust Co.* (1983), 30 R.P.R. 69 (C.S.C.-B.), ressemble beaucoup à la présente affaire. Les parties ont renouvelé une hypothèque dont la durée initiale était d'un peu plus de cinq ans. Le renouvellement était pour une durée d'exactly cinq ans à compter

new "date of the mortgage", the five-year period started to run for the purposes of the section from that date. He said at p. 76 of his reasons:

Because of the "redating clause", I do not think it is necessary for me to decide whether the mortgagors can waive the protection of the Interest Act. What happened in this case is that on June 29, 1982, the parties in effect entered into an agreement whereby they contracted to continue with their relationship as mortgagors and mortgagee on certain terms. One of these terms is that the mortgage relationship was to commence on July 15, 1982 and end on July 15, 1987. That interval of time is not more than five years after the date of July 15, 1982. Therefore, the agreement between the parties does not trigger the provisions of s. 10 of the Interest Act allowing the mortgagors the right to prepay prior to July 15, 1987.

Bouck J. did not appear to view the deeming of a new "date of the mortgage" as itself a form of waiver or contracting out. In his view, the parties could change the "date of the mortgage" as referred to in s. 10 at will.

In *Butcher v. Royal Trust Co.* (1984), 33 R.P.R. 178 (Sask. Q.B.), Wright J. also found that the renewal agreement created a new "date of the mortgage". The mortgage was originally for five years but it was renewed for a further five years. Wright J. noted what Bouck J. had said in *Lynch (Kaltenbach)* was still under reserve) and held that the renewal agreement before him contained the contractual provisions necessary to create a new "date of the mortgage". He also held that, where a mortgagor has the right to prepay the original debt under s. 10, if he does not do so but instead enters

de la date à laquelle, selon ce qu'avait convenu les parties, l'acte d'hypothèque était réputé avoir été signé. Le juge Bouck a conclu que, parce que les parties avaient convenu d'une nouvelle «date de l'hypothèque», c'est à compter de cette date que la période de cinq ans commençait à courir aux fins de l'article en question. Voici ce qu'il dit à la p. 76 de ses motifs:

[TRADUCTION] En raison de la «clause fixant une nouvelle date», je ne crois pas qu'il me soit nécessaire de décider si les débiteurs hypothécaires peuvent renoncer à la protection de la Loi sur l'intérêt. Ce qui est arrivé en l'espèce est que, le 29 juin 1982, les parties ont effectivement conclu une entente par laquelle elles se sont engagées à maintenir, à certaines conditions, leurs rapports de débiteurs hypothécaires et de créancière hypothécaire. L'une de ces conditions porte que les rapports en question devaient commencer le 15 juillet 1982 et prendre fin le 15 juillet 1987. Ce laps de temps ne dépasse pas cinq ans à compter de la date du 15 juillet 1982. En conséquence, la convention intervenue entre les parties n'entraîne pas l'application des dispositions de l'art. 10 de la Loi sur l'intérêt de manière à permettre aux débiteurs hypothécaires d'effectuer un remboursement anticipé avant le 15 juillet 1987.

Le juge Bouck n'a pas semblé considérer la stipulation réputée d'une nouvelle «date de l'hypothèque» comme constituant en soi une espèce de renonciation. À son avis, les parties pouvaient changer à leur guise la «date de l'hypothèque» dont parle l'art. 10.

Dans la décision *Butcher v. Royal Trust Co.* (1984), 33 R.P.R. 178 (B.R. Sask.), le juge Wright a lui aussi conclu que la convention de renouvellement créait une nouvelle «date de l'hypothèque». L'hypothèque, initialement d'une durée de cinq ans, a été renouvelée pour une autre période de cinq ans. Le juge Wright a noté ce qu'avait dit le juge Bouck dans la décision *Lynch* (l'affaire *Kaltenbach* étant encore en délibéré) et est arrivé à la conclusion que la convention de renouvellement dont il était saisi contenait les dispositions contractuelles nécessaires pour créer une nouvelle «date de l'hypothèque». Il a jugé en outre que lorsqu'un débiteur hypothécaire jouit, en vertu de l'art. 10, du droit de rembourser par anticipation la dette initiale, si au lieu d'exercer ce droit il conclut plutôt une convention de renouvellement, alors l'art. 10 ne s'applique qu'à la nou-

into a renewal agreement, s. 10 then applies only to the new term. He said at pp. 187-88:

In my respectful view, s. 10 gives a person other than a corporation an absolute right to tender or prepay in the manner prescribed by its wording.

There is an important corollary to that principle, however. If the borrower chooses to extend or renew his agreement with a lender for a further term, even though there is no change in the terms of the new arrangement save for the new dates for payment, then s. 10 only applies to the new term. It would be illogical and manifestly unjust if a mortgagor could renew an existing mortgage and then immediately retire his debt by simply paying the principal, interest and a sum equivalent to three months interest. He, not the lender, determines if he will pay his original obligation when it falls due. If the original term was for more than five years then he is assured of his right to pay off that indebtedness after the five year interval. If the borrower therefore avails himself of a new arrangement he cannot escape the consequences by arguing either that the original mortgage is for more than five years (Potash v. Royal Trust situation) or that the original term and the new term total more than five years and he is therefore entitled to pre-pay. Section 10 is not intended to provide consumers with an escape hatch that would not be available to them if they signed a new formal instrument. A renewal or extension is a new mortgage for the purpose of determining the application of s. 10 in my respectful view.

(Emphasis added.)

Bouck J.'s approach in *Kaltenbach* was followed by Scott Co. Ct. J. in *Shaw v. Royal Trust Co.* (1984), 33 R.P.R. 148 (Ont. Co. Ct.), and by Brennan J. in *Re MacDonald and Royal Trust Corp. of Canada* (1984), 8 D.L.R. (4th) 448 (Alta. Q.B.). However, his approach was not adopted by either of the appellate courts of the provinces which have dealt with the issue to date. The Manitoba Court of Appeal did not adopt the *Kaltenbach* approach in this case (noting, perhaps mistakenly, that it was under appeal) and the British Columbia Court of Appeal rejected it in *Re Turner and Royal Trust Corp. of Canada* (1985), 23 D.L.R. (4th) 746, not because it disagreed with

velle période. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 187 et 188:

[TRADUCTION] J'estime avec égards que l'art. 10 confère à toute personne qui n'est pas une personne morale le droit absolu de faire une offre de paiement ou d'effectuer un remboursement anticipé de la manière prévue par ses termes.

Il y a toutefois un corollaire important à ce principe. Si l'emprunteur choisit de proroger ou de renouveler sa convention avec le prêteur pour une période supplémentaire, même si les modalités de la nouvelle entente ne comportent pas d'autre changement que les nouvelles dates de paiement, alors l'art. 10 s'applique seulement à la nouvelle période. Il serait illogique et manifestement injuste qu'un débiteur hypothécaire puisse renouveler une hypothèque existante et ensuite éteindre immédiatement sa dette par le simple paiement du capital, de l'intérêt et d'une somme équivalant à trois mois d'intérêt. C'est lui et non pas le prêteur qui détermine s'il s'acquittera de son obligation initiale lorsqu'elle arrivera à échéance. Si la durée initiale était de plus de cinq ans, son droit de payer cette dette à l'expiration des cinq ans lui serait assuré. Donc, si l'emprunteur conclut une nouvelle entente, il ne peut en éluder les conséquences en soutenant soit que l'hypothèque initiale est d'une période de plus de cinq ans (la situation qui se présente dans l'affaire Potash v. Royal Trust), soit que la période initiale et la nouvelle période totalisent plus de cinq ans, de sorte qu'il a le droit de rembourser par anticipation. L'article 10 n'est pas destiné à fournir aux consommateurs une issue de secours qui n'existerait pas s'ils signaient un nouvel acte d'hypothèque. J'estime avec égards qu'un renouvellement ou une prorogation constituent une nouvelle hypothèque aux fins de déterminer si l'art. 10 s'applique.

(C'est moi qui souligne.)

Le point de vue adopté par le juge Bouck dans l'affaire *Kaltenbach* a été suivi par le juge Scott de la Cour de comté dans l'affaire *Shaw v. Royal Trust Co.* (1984), 33 R.P.R. 148 (C. cté Ont.), et par le juge Brennan dans l'affaire *Re MacDonald and Royal Trust Corp. of Canada* (1984), 8 D.L.R. (4th) 448 (B.R. Alb.) Toutefois, aucune des cours d'appel provinciales qui se sont penchées sur la question jusqu'à présent n'a adopté ce point de vue. En l'espèce, la Cour d'appel du Manitoba n'a pas adopté le point de vue de la décision *Kaltenbach* (faisant remarquer, à tort peut-être, qu'elle faisait l'objet d'un appel) et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a rejeté dans l'arrêt

the result, but because it thought that only the legislature could achieve it. In other words, it considered it incompatible with the words of s. 10.

The facts in *Turner* differ from the facts in this case. The original term of the mortgage in *Turner* was two years; there was a one-year renewal followed by a second renewal for four years, a period chosen by the mortgagors. Hutcheon J.A., on behalf of a five member panel of the British Columbia Court of Appeal, held that the "date of the mortgage" as referred to in the section is the date of the original mortgage, a date which could not be changed by the parties "deeming" a new "date of the mortgage" by way of amendment to the mortgage. Hutcheon J.A. seems to have concluded also that the parties could not amend the "terms of the mortgage" as that phrase is used in the section. In view of this the result in the case was governed by *Re Hodgson and Raskin* and by *Deeth*. Since the original term of the mortgage was for less than five years, the statutory prepayment right was not available to the mortgagors. Hutcheon J.A. considered the language of the section to be clear. Although he recognized that the interpretation urged by the mortgagee was the "sensible" one, he felt that the legislature would have to step in in order to achieve it.

With respect, I do not think the legislature could have intended the section to have the narrow, literal meaning Hutcheon J.A. attributed to it. The language certainly does not compel that interpretation and I do not think therefore that we can fairly lay it at the door of the legislature. The words of Laskin C.J. in *United Trust Co. v. Dominion Stores Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 915, seem apt. He said at p. 937 that "the Courts must take the responsibility, since it would be their interpre-

Re Turner and Royal Trust Corp. of Canada (1985), 23 D.L.R. (4th) 746, non pas parce qu'elle était en désaccord avec la solution retenue, mais parce qu'elle estimait que cela relevait du domaine exclusif du législateur. En d'autres termes, elle l'a jugé incompatible avec le texte de l'art. 10.

Les faits de l'affaire *Turner* sont différents de ceux de la présente espèce. La durée initiale de l'hypothèque dans l'affaire *Turner* était de deux ans; il y a eu un renouvellement d'un an suivi d'un second de quatre ans, une durée choisie par les débiteurs hypothécaires. Le juge Hutcheon, au nom d'une formation de cinq juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a conclu que la «date de l'hypothèque» mentionnée à l'article en question désigne la date de l'hypothèque initiale, date que les parties ne pouvaient changer en modifiant l'acte d'hypothèque de manière à faire en sorte qu'une nouvelle «date de l'hypothèque» soit «réputée» stipulée. Le juge Hutcheon semble avoir conclu également qu'il n'était pas loisible aux parties de modifier les «termes de l'acte d'hypothèque» au sens où cette expression est employée dans l'article. Compte tenu de cela, c'étaient les décisions *Re Hodgson and Raskin* et *Deeth* qui déterminaient la façon dont l'affaire devait être tranchée. Puisque la durée initiale de l'hypothèque était de moins de cinq ans, les débiteurs hypothécaires ne pouvaient bénéficier du droit de remboursement anticipé conféré par la loi. De l'avis du juge Hutcheon, le texte de l'article était clair. Tout en reconnaissant le caractère [TRADUCTION] «raisonnable» de l'interprétation préconisée par la créancière hypothécaire, il a estimé que pour atteindre cet objet l'intervention du législateur était nécessaire.

Avec égards, je ne crois pas que le législateur ait pu vouloir que l'article ait le sens étroit et littéral que lui prête le juge Hutcheon. Certes, une telle interprétation n'est pas imposée par le texte de l'article et je ne crois pas, en conséquence, que nous puissions en toute justice l'imputer au législateur. Les propos qu'a tenus le juge en chef Laskin dans l'arrêt *United Trust Co. c. Dominion Stores Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 915, semblent pertinents. Il affirme, à la p. 937, que «c'est . . . aux tribunaux

tation, by no means a compelled one, which produces it" (the result).

While there is no doubt that the legislature at the time it enacted s. 10 did so in light of the commercial practices of the day, I do not believe that this precludes the Court from giving it an interpretation consonant with to-day's commercial reality if such an interpretation is equally compatible with the legislative language. In the late nineteenth century when the section was first enacted the term of a mortgage and its amortization period coincided. To-day this is seldom the case, most residential mortgages being for less than five years but amortized over twenty or thirty years. This was a situation not envisaged by legislatures in the 1880's and 1890's. It would have made no difference therefore to the early draftsman whether the objective of s. 10 was stated as being to make mortgages open after five years or to ensure that mortgagors were never locked in for more than five years. This distinction is only relevant in to-day's commercial setting because of the bifurcation of amortization and term to maturity. Consequently, the Court is not faced with making a choice between two interpretations or policies only one of which was intended by the draftsman. Both are equally consistent with Parliamentary intent and the only basis for choosing between them, it seems to me, is to ask which is more in keeping with common commercial practice.

(a) The Language of the Renewal Agreement

It seems fairly clear from the mortgage loan renewal agreement that what is being renewed by the document is the loan and not the security. If the mortgagor wishes to pay off the loan on the maturity date of the original mortgage or of the first renewal, then he may do so and is then entitled to the return of his security. Royal offered to carry Potash's debt for a further period on new terms if he wished to do so rather than redeem his

de ... [porter la responsabilité], puisque c'est leur interprétation, qui n'a rien d'irrésistible, qui y conduit» (au résultat).

a Bien qu'il ne fasse aucun doute que le législateur, lorsqu'il a adopté l'art. 10, l'a fait en fonction des pratiques commerciales de l'époque, je ne crois pas que cela empêche la Cour de donner à cet article une interprétation qui s'accorde avec la b réalité commerciale actuelle si cette interprétation est également compatible avec les termes employés par le législateur. Au moment où l'article a été c adopté pour la première fois, à la fin du XIX^e siècle, la durée d'une hypothèque coïncidait avec sa période d'amortissement. Aujourd'hui c'est rarement le cas, car la plupart des hypothèques résidentielles sont d'une durée de moins de cinq ans, bien que leur période d'amortissement soit de vingt ou trente ans. Cette situation n'a pas été d envisagée par les législateurs des deux dernières décennies du XIX^e siècle. Il leur aurait donc été indifférent que l'objet attribué à l'art. 10 soit celui de garantir la possibilité de rembourser par anticipation les prêts hypothécaires au bout de cinq ans ou de faire en sorte que l'assujettissement des e débiteurs hypothécaires à une hypothèque ne dure jamais plus de cinq ans. Si cette distinction est importante dans le contexte commercial actuel, f c'est uniquement à cause de l'écart entre la période d'amortissement et la durée de l'hypothèque. Par conséquent, la Cour n'est pas appelée à faire un choix entre deux interprétations ou politiques dont g une seule traduit l'intention du législateur. L'une et l'autre sont également compatibles avec l'intention du Parlement et, à ce qu'il me semble, on ne peut choisir entre les deux qu'en se demandant laquelle correspond davantage à la pratique courante en matière commerciale. h

a) Le texte de la convention de renouvellement

Il semble assez clair à la lecture de la convention de renouvellement du prêt hypothécaire que ce que le document renouvelle c'est le prêt et non pas la garantie. Si le débiteur hypothécaire souhaite rembourser le prêt à la date d'échéance de l'hypothèque initiale ou à l'expiration du premier renouvellement, il peut le faire et il a alors droit à la mainlevée de l'hypothèque. Royal a offert d'accorder à Potash une nouvelle échéance selon des

security but specified that he must accept the offer prior to the maturity date of the existing loan. By signing the renewal agreement Potash accepted the offer. The new repayment terms and interest rate are set out in the agreement. It provides that the original mortgage is deemed to be dated as of the maturity date of the existing loan. All the other terms and conditions remain in full force and effect.

It seems to me that as a matter of pure contract law the parties are free to renew the terms of their loan in this manner. Nor can I see any restriction on their doing so in equity provided the mortgagor is fully aware of his rights, there is no fraud or misrepresentation on the part of the mortgagee and the transaction is not otherwise unconscionable. The right of the mortgagor with which we are concerned in this case is, of course, his right under s. 10(1) to pay off the loan at the end of the five-year period. Potash was advised by Royal in the case of both mortgages that they were coming up to their maturity dates and that they were prepared to renew if he so desired. They gave him a number of options as to terms. No specific reference was made to Potash's s. 10 right.

Potash testified that he was confused about the effect of the second renewal agreements. He did not read them and thought that, like the previous ones, they were renewals for one year and not five. He did, however, acknowledge that he knew that he could pay off the mortgages rather than renew them with Royal and that he could then enter into new mortgages with a different mortgagee "if he could find one". His evidence was, however, that his intention was to renew with Royal for one year. The trial judge stated: "I have no comment to make on his evidence in this connection". The trial judge did, however, go on to observe that Mr. Potash was "an experienced builder and a frequent dealer with mortgage companies" (a finding which Potash's own testimony amply supports) and that he should be bound by the agreements he had signed. While he was perfectly free to argue about what they meant, once that was determined,

modalités nouvelles s'il préférerait ne pas purger l'hypothèque, mais elle a précisé que l'offre devrait être acceptée avant la date d'échéance du prêt existant. En signant la convention de renouvellement, Potash a accepté l'offre. Les nouvelles modalités de remboursement ainsi que le taux d'intérêt sont stipulés par la convention. Celle-ci prévoit que l'hypothèque initiale est réputée avoir pour date la date d'échéance du prêt existant. En ce qui concerne les autres modalités, elles continuent de s'appliquer intégralement.

Il me semble que, du simple point de vue du droit des contrats, les parties sont libres de renouveler ainsi les modalités du prêt. L'*equity*, à ce que je puis voir, n'y impose non plus aucune restriction, pourvu que le débiteur hypothécaire soit bien au courant de ses droits, qu'il n'y ait ni dol ni déclarations inexactes de la part du créancier hypothécaire et que l'opération ne soit pas par ailleurs déraisonnable. Le droit du débiteur hypothécaire qui nous intéresse en l'espèce est, bien entendu, celui que confère le par. 10(1) d'acquitter le prêt à l'expiration des cinq ans. Royal a informé Potash que les deux hypothèques venaient à échéance et qu'elle était prête à les renouveler s'il le souhaitait. Elle lui a offert plusieurs options quant aux modalités. Le droit reconnu à Potash par l'art. 10 n'a pas été expressément mentionné.

D'après le témoignage de Potash, l'effet des nouvelles conventions de renouvellement n'était pas clair dans son esprit. Il ne les avait pas lues et croyait que, tout comme dans le cas des conventions antérieures, il s'agissait de renouvellements pour un an et non pas pour cinq ans. Il a toutefois reconnu qu'il savait qu'il lui était possible de purger les hypothèques plutôt que de les renouveler avec Royal et qu'il pouvait ensuite conclure de nouvelles hypothèques avec un créancier différent [TRADUCTION] «s'il pouvait en trouver un». Il a témoigné cependant que son intention avait été de renouveler avec Royal pour une année. Le juge de première instance a dit: [TRADUCTION] «Je n'ai aucune observation à faire au sujet de son témoignage sur ce point.» Le juge de première instance a toutefois ajouté que M. Potash était [TRADUCTION] «un constructeur expérimenté qui faisait souvent affaire avec des sociétés d'hypothèques»

Kroft J. held, he could not escape their impact. The Court of Appeal did not deal with this issue. In their view, it was academic since Potash could not contract out of or waive his s. 10 right in any event.

On either interpretation of s. 10 it was open to Potash to repay the mortgage loans and redeem his security at the expiration of five years from the date of the original mortgages. Both were for terms slightly in excess of five years. He could then have entered into new mortgages with a different mortgagee. Alternatively, he could do what he did and renew with Royal. It is clear from his testimony that he had no desire to redeem either on the original maturity date or on the expiry of the first renewal term. He made no effort to tender the monies owing on either occasion. He did, however, tender them two years after entering into the second renewal agreement. His evidence was that he did so when he found out through his accountant that he had signed five-year renewals in mistake for one-year renewals.

I agree with Kroft J. that Potash is bound by the agreements he signed. Whether or not he could have them set aside on grounds of unilateral mistake is not before us. The key question is whether he could bring them to an end prior to maturity by prepayment under s. 10.

(b) The Language of s. 10

I have no difficulty in reading the word "mortgage" in s. 10, in circumstances where renewals have been entered into, as the mortgage as amended. I do not believe that this puts any undue strain on the language or the sense. Accordingly, the phrase the "date of the mortgage" would mean in such a case the date of the mortgage as amended and the phrase "under the terms of the mortgage"

(conclusion largement appuyée par le témoignage de Potash lui-même) et qu'il devait être lié par les conventions qu'il avait signées. Le juge Kroft a conclu que, bien qu'il fût parfaitement libre d'en débattre le sens, une fois qu'il était déterminé, il ne pouvait se soustraire à l'application de ces conventions. La Cour d'appel n'a pas examiné cette question. Selon elle, celle-ci ne revêtait qu'un intérêt théorique car Potash ne pouvait en tout état de cause renoncer au droit que lui conférait l'art. 10.

Quelle que soit l'interprétation donnée à l'art. 10, Potash était en droit de rembourser les prêts hypothécaires et d'exercer son droit de rachat à l'expiration de cinq ans à compter de la date des hypothèques initiales dont la durée était d'un peu plus de cinq ans chacune. Il aurait pu alors conclure de nouvelles hypothèques avec un créancier différent ou, encore, renouveler avec Royal, comme il l'a fait. Il ressort nettement de son témoignage qu'il ne souhaitait aucunement la purger ni à la date d'échéance initiale ni à l'expiration du premier renouvellement. Il ne s'est aucunement efforcé de payer à ces dates-là les sommes dues. Il a toutefois fait une offre de paiement deux ans après avoir conclu la seconde convention de renouvellement. D'après sa déposition, il a fait cela après avoir appris de son comptable qu'il avait par mégarde signé des renouvellements de cinq ans au lieu d'un an.

Je suis d'accord avec le juge Kroft pour dire que Potash est lié par les conventions qu'il a signées. Nous ne sommes pas appelés à déterminer s'il pourrait obtenir leur annulation pour cause d'erreur unilatérale. La question essentielle est de savoir s'il peut y mettre fin avant leur échéance en effectuant un remboursement anticipé conformément à l'art. 10.

b) Le texte de l'art. 10

Je n'ai aucune difficulté, dans des situations où il y a eu des renouvellements, à interpréter le terme «hypothèque» à l'art. 10 comme signifiant l'hypothèque modifiée. Je ne crois pas que cela dénature indûment le texte ou le sens de cette disposition. Par conséquent, l'expression la «date de l'hypothèque» signifierait en pareil cas la date de l'hypothèque modifiée et l'expression «d'après

would mean under the terms of the mortgage as amended. I believe that it is unnecessary to characterize the mortgage as a "new mortgage" for this purpose. The opening part of s. 10(1) would then, in a case where there have been amendments to the original mortgage, be interpreted as if it read:

Whenever any principal money or interest secured by mortgage of real estate is not, under the terms of the mortgage (as amended), payable until a time more than five years after the date of the mortgage (as amended), then, if at any time

This would have the effect of permitting the mortgagor to pay the mortgage off at the end of each five-year renewal period which, in my view, is what the legislature intended. It would also avoid the manifest injustice referred to by Wright J. in *Butcher* of permitting a mortgagor to collapse a mortgage immediately after executing a renewal agreement with full knowledge and intent. It is this consequence of the Ontario Law Reform Commission's interpretation which has caused judges and commentators alike to seek out an interpretation which would give a greater degree of business efficacy to the renewal agreement entered into by the parties. The real question is whether in giving this degree of business efficacy to renewal agreements the Court would be permitting mortgagors to contract out of or waive their s. 10 rights and, if so, whether this would violate the long standing principle that parties cannot contract out of statutory provisions enacted in the public interest.

7. May a Mortgagor Contract out of or Waive the Section's Benefit?

Consistent with its position on the first issue, it was the submission of Royal on the second issue that mortgagors could waive or contract out of their statutory prepayment rights. Contracting out of or waiving statutory provisions for one's benefit, counsel argued, is perfectly permissible unless the

les termes de l'acte d'hypothèque» désignerait les termes de l'acte d'hypothèque modifié. À mon avis, il n'est pas nécessaire à cette fin de qualifier l'hypothèque de [TRADUCTION] «nouvelle hypothèque». Ainsi donc, dans un cas où l'hypothèque initiale a subi des modifications, la première partie du par. 10(1) serait interprétée comme si elle était ainsi rédigée:

Lorsqu'une somme principale ou un intérêt garanti par hypothèque sur biens-fonds n'est pas payable, d'après les termes de l'acte d'hypothèque (modifié), avant qu'il se soit écoulé plus de cinq ans à compter de la date de l'hypothèque (modifiée), alors, si, à quelque époque . . .

Cela aurait pour effet de permettre au débiteur hypothécaire de purger l'hypothèque à l'expiration de chaque renouvellement de cinq ans, ce qui, selon moi, est conforme à l'intention du législateur. En même temps, on éviterait l'injustice manifeste, évoquée par le juge Wright dans la décision *Butcher*, qui en résulterait s'il était permis à un débiteur hypothécaire de purger une hypothèque immédiatement après avoir, délibérément et en pleine connaissance de cause, signé une convention de renouvellement. C'est précisément cette conséquence de l'interprétation préconisée par la Commission de réforme du droit de l'Ontario qui a amené juges et glossateurs à chercher une interprétation qui conférerait une efficacité commerciale accrue à la convention de renouvellement conclue par les parties. La question véritable est de savoir si, en conférant ce degré d'efficacité commerciale aux conventions de renouvellement, la Cour se trouverait à permettre aux débiteurs hypothécaires de renoncer aux droits que leur confère l'art. 10 et, dans l'affirmative, si cela constituerait une entorse au principe établi depuis longtemps selon lequel les parties ne peuvent renoncer à l'application de dispositions législatives adoptées dans l'intérêt public.

7. Un débiteur hypothécaire peut-il renoncer à l'avantage conféré par l'article en question?

Conformément à sa position sur la première question, Royal a fait valoir, au sujet de la seconde, qu'il était loisible aux débiteurs hypothécaires de renoncer aux droits de remboursement anticipé que leur accorde la loi. Renoncer à se prévaloir de dispositions législatives adoptées dans

statute expressly or impliedly prohibits it or unless it is contrary to public policy to do so. There is no prohibition against waiver or contracting out in the statute. Nor, he alleged, does public policy prohibit it. The provision, he submitted, protects only a limited class, not the public as a whole. Corporations are excluded from its ambit; only individual mortgagors are protected. Furthermore, only where the statute contains mandatory prohibitions is contracting out foreclosed. This section does not prohibit mortgages for more than five years. It merely confers on mortgagors a prepayment right which they may or may not choose to exercise. In the absence of a statutory prohibition against contracting out or waiver, counsel submitted, the only constraints are those imposed by public policy and no head of public policy is offended by a waiver of the mortgagor's s. 10 right.

In response to this argument, counsel for Potash acknowledged that there was no express prohibition in the statute against contracting out of the section. But he submitted that by necessary implication the section prohibits it. He noted that the section presupposes the existence of a mortgage for more than five years. The section also clearly overrides certain terms of such a mortgage by making it prepayable. It would be absurd if by contract the parties could negate the very statutory provision which overrides the terms of the mortgage for the mortgagor's protection. Counsel also referred to cases dealing with other sections in the *Interest Act* which prohibit certain terms in contracts. He submitted that this section is designed for the protection of the public, any or all of the members of which may at one time or another require its protection when they borrow against mortgage security. To permit contracting out would defeat the whole purpose of a legislative provision enacted in the public interest.

son propre intérêt, a soutenu l'avocat, est parfaitement acceptable, à moins que la loi en question ne l'interdise expressément ou implicitement ou que cela ne soit contraire à l'intérêt public. Or, selon l'avocat, ni la loi en cause ni l'intérêt public n'empêche une telle renonciation. La disposition, a-t-il fait valoir, ne protège qu'une catégorie restreinte de personnes et non pas le public en général. Elle ne vise pas les personnes morales; seuls les débiteurs hypothécaires qui sont des particuliers bénéficient de sa protection. De plus, les renonciations sont exclues seulement lorsque la loi contient des interdictions formelles. L'article en cause n'interdit pas les hypothèques d'une durée de plus de cinq ans. Il ne fait que conférer aux débiteurs hypothécaires un droit de remboursement anticipé qu'ils peuvent choisir d'exercer ou de ne pas exercer. À défaut d'une disposition législative empêchant la renonciation, a prétendu l'avocat, les seules contraintes sont celles imposées par l'intérêt public et la renonciation par le débiteur hypothécaire au droit que lui confère l'art. 10 ne constitue en aucune manière une atteinte à l'intérêt public.

Devant cet argument, l'avocat de Potash a reconnu que la loi n'interdit pas expressément que l'on renonce à la protection accordée par l'article. Il a toutefois fait valoir que l'article interdit cela par déduction nécessaire. L'avocat a souligné que cette disposition présuppose l'existence d'une hypothèque d'une durée de plus de cinq ans. En outre, elle déroge clairement à certaines conditions d'une telle hypothèque en permettant le remboursement anticipé du prêt hypothécaire. Il serait absurde que les parties puissent par contrat rendre inopérante la disposition législative même qui, en dérogeant aux termes de l'acte d'hypothèque, assure la protection du débiteur hypothécaire. L'avocat a aussi cité des décisions traitant d'autres articles de la *Loi sur l'intérêt* qui interdisent l'inclusion de certaines stipulations dans les contrats. Il a fait valoir que l'article en question vise à assurer la protection du public, dont les membres peuvent tous et chacun à un moment donné avoir besoin lorsqu'ils effectuent un emprunt garanti par une hypothèque. Permettre que l'on renonce à cette protection irait complètement à l'encontre de l'objet d'une disposition législative adoptée dans l'intérêt public.

I agree with counsel for Potash that s. 10(1) was enacted in the public interest and that the long standing rule against contracting out or waiver should apply to it. The question, however, is whether the mortgagor has purported to contract out of or waive his prepayment right in these renewal agreements.

8. Did the Mortgagor Contract Out of or Waive his s. 10 Right in this Case

It seems to me that the answer to this question depends upon what the right is, i.e., which interpretation of s. 10(1) is the correct one. I find it difficult to conclude that when a mortgagor is presented by a mortgagee with an option to pay off the mortgage at the end of a five-year period or to renew for another five-year period and opts for the latter that he has thereby contracted out of his right to repay. It seems to me that what he has done is decide not to exercise it. I say this, of course, on the assumption that the mortgagor makes a conscious decision with full knowledge that the option is his. Contracting out or waiver, it seems to me, envisages a mortgagor's agreeing or acknowledging at the commencement of a five-year period that he has no option, that only one route is open to him and that is to renew with the same mortgagee. He is then, so to speak, in the hands of the mortgagee, the very thing the section is designed to prevent. But this is not the case here. Potash did not have to sign any renewal if he did not want to. He did not contract out of his right to repay; he made a free choice not to exercise it. He chose to postpone his obligation for a further five-year term. Having done so he cannot, in my opinion, renege on his promise on the basis that what he has done involves an illegal contracting out or waiver of his rights. I agree with Wright J. that s. 10 was not intended to provide "an escape hatch" for mortgagors who simply change their minds. The statute gives them a right which they may or may not choose to exercise. Once they have made their choice, then, absent fraud or misrepres-

Je suis d'accord avec l'avocat de Potash pour dire que le par. 10(1) a été adopté dans l'intérêt public et que la règle établie depuis longtemps qui interdit la renonciation doit s'y appliquer. La question est toutefois de savoir si, dans les conventions de renouvellement présentement en cause, le débiteur hypothécaire a prétendu renoncer à son droit de remboursement anticipé.

8. Le débiteur hypothécaire a-t-il en l'espèce renoncé au droit que lui confère l'art. 10?

Il me semble que la réponse à cette question est fonction de la nature du droit dont il s'agit, c'est-à-dire de la question de savoir qu'elle est la bonne interprétation du par. 10(1). J'ai peine à conclure que, lorsqu'un créancier hypothécaire offre à un débiteur hypothécaire le choix de purger l'hypothèque à l'expiration d'une période de cinq ans ou de la renouveler pour une durée supplémentaire de cinq ans, et que le débiteur opte pour le renouvellement, que ce débiteur a ainsi renoncé à son droit de remboursement. Il me semble que ce qu'il a fait a été de décider de ne pas l'exercer. Là je tiens évidemment pour acquis que le débiteur hypothécaire prend sa décision consciemment, en sachant parfaitement que ce choix lui appartient. Il y a renonciation, me semble-t-il, lorsqu'un débiteur hypothécaire convient ou reconnaît au début d'une période de cinq ans qu'il n'a pas le choix, qu'une seule possibilité lui est offerte, savoir le renouvellement avec le même créancier hypothécaire. Il est alors, pour ainsi dire, à la merci du créancier hypothécaire, ce qui est précisément ce que l'article vise à empêcher. Mais ce n'est pas le cas qui se présente en l'espèce. Potash n'avait pas à signer de convention de renouvellement s'il ne le voulait pas. Il n'a pas renoncé à son droit de remboursement; il a choisi librement de ne pas l'exercer. Il a choisi de proroger son obligation pour une période supplémentaire de cinq ans. Ayant fait cela, il ne peut, selon moi, manquer à sa promesse en alléguant que son acte constitue une renonciation illégale à ses droits. Je suis d'accord avec le juge Wright que l'art. 10 n'a nullement pour objet de fournir «une issue de secours» aux débiteurs hypothécaires qui changent simplement d'avis. La loi leur confère un droit qu'ils peuvent choisir d'exercer ou de ne pas exercer. Dès qu'ils ont fait leur choix, alors en

sentation by the mortgagee or unconscionability in the transaction itself, they should be bound by it.

9. Conclusions

1. The purpose of s. 10(1) of the *Interest Act* and s. 20(6) of the *Manitoba Mortgage Act* is to ensure that mortgagors have the right to pay off their mortgages at the end of each five-year period. They cannot be "locked in" for more than five years.

2. Where the original term of a mortgage exceeds five years, the mortgagor has the right to pay it off at the end of five years in compliance with the section (see *Deeth*).

3. Where the original term of the mortgage is for five years or less and the term is extended by agreement beyond the five-year period (the "date of the mortgage" remaining unchanged), the mortgagor has the right to pay it off at the end of five years (see *Deeth* and *Lynch*).

4. Where a mortgagor elects not to exercise his right under s. 10(1) but instead enters into an otherwise valid and enforceable renewal agreement which "deems" the date of the original mortgage to be the date of maturity of the existing loan, and the term of the renewal agreement does not itself exceed five years, he cannot pay off the mortgage until the end of the five-year renewal period (see *Kaltenbach, Butcher and Shaw*).

5. When a mortgagor makes a conscious decision on the basis of full knowledge of his statutory right to repay at the end of a five-year period not to do so, he does not "contract out of" or "waive" his statutory right. He simply decides not to exercise it. If, however, he purports in a mortgage or renewal agreement to relinquish his right to pay off the mortgage at the end of any given five-year period, such a provision could not be enforced against him at the instance of the mortgagee. He

l'absence de dol ou de déclarations inexactes de la part du créancier hypothécaire, ou à moins que l'opération ne soit déraisonnable en soi, ils doivent être liés par ce choix.

^a 9. Conclusions

1. Le paragraphe 10(1) de la *Loi sur l'intérêt* ainsi que le par. 20(6) de *The Mortgage Act* du Manitoba ont pour objet d'assurer aux débiteurs hypothécaires le droit de purger leurs hypothèques à l'expiration de chaque période de cinq ans. Ils ne peuvent être assujettis à une hypothèque pendant plus de cinq ans.

^c 2. Lorsque la durée initiale d'une hypothèque dépasse cinq ans, le débiteur a le droit de la purger au bout de cinq ans conformément à l'article en question (voir la décision *Deeth*).

^d 3. Lorsque la durée initiale de l'hypothèque est de cinq ans ou moins et qu'elle est prorogée par convention au-delà de cinq ans (la «date de l'hypothèque» restant inchangée), le débiteur hypothécaire a le droit de purger l'hypothèque à l'expiration de cinq ans (voir les décisions *Deeth* et *Lynch*).

^e ^f 4. Lorsqu'un débiteur hypothécaire choisit non pas d'exercer le droit que lui confère le par. 10(1), mais plutôt de conclure une convention de renouvellement par ailleurs valide et exécutoire suivant laquelle l'hypothèque initiale est «réputée» porter la date d'échéance du prêt existant, et que la durée de la convention de renouvellement n'est pas elle-même supérieure à cinq ans, il ne peut purger l'hypothèque qu'à la fin de la période de cinq ans prévue par la convention de renouvellement (voir ^g les décisions *Kaltenbach, Butcher et Shaw*).

^h 5. Lorsqu'un débiteur hypothécaire qui est parfaitement au courant du droit, que lui confère la loi, d'effectuer un remboursement à l'expiration d'une période de cinq ans décide consciemment de ne pas l'exercer, cela ne constitue pas une «renonciation» à ce droit. Il décide simplement de ne pas l'exercer. Si toutefois dans un acte d'hypothèque ou une convention de renouvellement, il prétendait renoncer à son droit de purger l'hypothèque à l'expiration d'une période donnée de cinq ans, le créancier

would still be free to pay off the mortgage on compliance with the statute.

10. Disposition

I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal of Manitoba and restore the order of Kroft J. dismissing the application of the respondent. The respondent is, however, entitled to his costs of the appeal and of the application for leave to appeal in accordance with the order of this Court dated July 16, 1984.

Appeal allowed with costs to the respondent.

Solicitors for the appellant: Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Klein, Kravetsky, Alexander, Winnipeg.

ne pourrait pas l'obliger à se conformer à une telle stipulation. Il resterait libre de purger l'hypothèque conformément à la loi.

^a 10. Dispositif

^b Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel du Manitoba et de rétablir celle du juge Kroft portant rejet de la demande de l'intimé. Ce dernier a toutefois droit aux dépens que lui ont occasionnés le pourvoi et la demande d'autorisation de pourvoi, conformément à l'ordonnance de cette Cour en date du 16 juillet 1984.

^c *Pourvoi accueilli avec dépens en faveur de l'intimé.*

Procureurs de l'appelante: Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

^d *Procureurs de l'intimé: Klein, Kravetsky, Alexander, Winnipeg.*