

Gerald G. Bauer (*Defendant*) *Appellant*;

and

The Bank of Montreal (*Plaintiff*)
Respondent.

1980: February 14; 1980: April 22.

Present: Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Guarantee — Liability of guarantor to creditor when creditor fails to preserve security — Exemption clauses — Rules of construction — Misrepresentation — Collateral oral agreement contradicting written guarantee.

The appellant, the guarantor, was the principal officer and major shareholder of a company, a customer of the respondent bank. The bank advanced an operating credit to the company upon receiving an assignment of the company's book accounts and the guarantee of indebtedness by the appellant. The appellant eventually sold his interest in the company but was not released from his liability by the bank. When the company went into bankruptcy, it was found that the bank had registered the said assignment in the wrong county and the assignment was held to be void against the trustee. The assigned accounts became available to general creditors and were of little if any value to the guarantor in reducing his obligation under the guarantee. The bank brought this action against the appellant upon the guarantee and the action was dismissed by the Supreme Court of Ontario on the basis that the guarantor was entitled to be relieved, wholly or partially, from his liability depending on the extent of the injury suffered, for the reason that the bank by its failure to safeguard the security for the guarantee had rendered itself incapable of returning the security to the guarantor on payment of the debt. The Court of Appeal, while agreeing with the trial judge upon his disposition of the case as it was presented to him, allowed the appeal on a new point not raised or argued at trial, *i.e.*, under the guarantee it was expressly said that the bank could "abstain from perfecting securities", and these words were held by the Court to relieve the bank in this case from the consequences of non-registration of the assignment.

Held: The appeal should be dismissed.

The creditor, in the absence of agreement to the contrary with the debtor or the surety, must protect and preserve the security and be in a position, unless excused

Gerald G. Bauer (*Défendeur*) *Appelant*;

et

La Banque de Montréal (*Demanderesse*)
Intimée.

1980: 14 février; 1980: 22 avril.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre et Chouinard.

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

Cautionnement — Obligation de la caution envers le créancier lorsque le créancier omet de conserver la garantie — Clauses d'exonération — Règles d'interprétation — Déclaration inexacte — Entente verbale accessoire contraire au cautionnement écrit.

L'appelant, la caution, administrateur principal et actionnaire majoritaire d'une compagnie, était client de la banque intimée. La banque a fourni à la compagnie un crédit à l'exploitation sur cession des comptes-clients de cette dernière et garantie de la dette par l'appelant. L'appelant a finalement vendu ses actions de la compagnie mais la banque ne l'a pas libéré de son obligation. Quand la compagnie a déclaré faillite, on a découvert que la banque avait enregistré la cession dans le mauvais comté ce qui a entraîné l'inopposabilité de la cession au syndic. Les comptes cédés sont devenus le gage commun des créanciers ordinaires et n'ont eu qu'un effet minime, sinon aucun, pour réduire l'obligation de la caution en vertu du cautionnement. La banque a intenté cette action en cautionnement contre l'appelant; l'action a été rejetée par la Cour suprême de l'Ontario au motif que la caution avait droit d'être déchargée entièrement ou partiellement de son obligation dans la mesure du préjudice subi parce qu'en ne protégeant pas la garantie du cautionnement, la banque s'était mise dans l'impossibilité de rétrocéder la garantie à la caution sur paiement de la dette. Tout en souscrivant à la décision du juge de première instance sur l'affaire telle qu'elle lui était présentée, la Cour d'appel a accueilli l'appel sur un nouveau moyen non présenté ni plaidé en première instance, savoir que le cautionnement stipulait expressément que la banque pouvait «s'abstenir de parfaire les garanties»; la Cour a jugé qu'en l'espèce ces mots libéreraient la banque des conséquences du non-enregistrement de la cession.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

En l'absence d'une convention contraire avec le débiteur ou la caution, le créancier doit protéger et conserver la garantie et être en mesure, à moins d'en être exempté

by other agreement, to return or reassign the security to the debtor or surety on repayment of the debt. The Court rejected the appellant's contention that the clause in the guarantee relied upon by the Court of Appeal is an exception clause and subject to any special rules of construction. The bank was under a duty not to damage the position of the guarantor beyond the terms of the agreement but the clause is clear in that it provides that a failure to perfect security or to register will not impair the bank's position. The clause is not onerous or unreasonable. The contract created no unusual or onerous burden in ordinary commercial terms. The Court also rejected the appellant's contention that the execution of the guarantee was procured by misrepresentation of its full nature and effect by the bank. There was no evidence which would support any finding of misrepresentation against the bank. Finally, the Court rejected the appellant's contention that the bank could not rely on the clause because it was an express condition of the giving of the guarantee that the accounts be preserved for the benefit of the guarantor and reassigned to him on payment of the company's indebtedness. It is difficult, in this case, to discover any very clear support for the existence of any such collateral or qualifying agreement, and a collateral agreement cannot be established where it is inconsistent with or contradicts the written agreement.

Re Grey Electronic Supply Limited (1974), 6 O.R. (2d) 308; *Traders Finance Corporation Limited v. Halverson* (1968), 2 D.L.R. (3d) 666; *Household Finance Corporation Limited v. Foster Limited et al.*, [1949] O.R. 123; *Jamesway v. Krug* (1932), 41 O.W.N. 146; *Bryans v. Peterson* (1920), 47 O.L.R. 298; *Rose v. Aftenberger*, [1970] 1 O.R. 547; *Perry v. National Provincial Bank of England*, 1 Ch. 464 [1910]; *Canadian Indemnity Company v. Okanagan Main Line Real Estate Board et al.*, [1971] S.C.R. 493; *Jacques v. Lloyd D. George and Partners Limited*, [1968] 1 W.L.R. 625; *Firestone Tire and Rubber Company Limited v. Vokins and Co. Ltd.*, [1951] 1 Lloyd's L.R. 32; *Mendelsohn v. Norman Ltd.*, [1970] 1 Q.B. 177, referred to; *Hawrish v. Bank of Montreal*, [1969] S.C.R. 515, followed.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario allowing an appeal from a judgment of the Supreme Court of Ontario. Appeal dismissed.

B. P. Bellmore, for the defendant, appellant.

J. L. McDougall, for the plaintiff, respondent.

par une autre convention, de la remettre ou de la rétrocéder au débiteur ou à la caution sur paiement de la dette. Cette Cour rejette la prétention de l'appelant que la clause du cautionnement sur laquelle la Cour d'appel s'est appuyée, soit une clause d'exclusion soumise à des règles spéciales d'interprétation. La banque avait l'obligation de ne pas nuire à la position de la caution excepté aux termes de la convention, mais la clause est claire car elle prévoit que le défaut de parfaire la garantie ou de l'enregistrer ne portera pas atteinte à la position de la banque. La clause n'est ni onéreuse ni déraisonnable. Le contrat ne crée aucun fardeau exceptionnel ou onéreux selon le langage commercial ordinaire. La Cour rejette aussi la prétention de l'appelant que la signature du cautionnement a été obtenue par une déclaration inexacte de la banque quant à sa nature et à son effet réels. Aucune preuve ne peut appuyer une telle conclusion contre la banque. Finalement, la Cour rejette la prétention de l'appelant que la banque ne pouvait invoquer la clause parce qu'à titre de condition expresse du consentement au cautionnement, les comptes devaient être conservés pour le bénéfice de la caution et rétrocédés à cette dernière sur paiement des dettes de la compagnie. Il est difficile, en l'espèce, de trouver un appui très clair à l'existence de pareille convention accessoire ou modificatrice, et on ne peut faire la preuve d'une convention accessoire lorsqu'elle est incompatible avec un contrat écrit ou qu'elle le contredit.

Jurisprudence: *Re Grey Electronic Supply Limited* (1974), 6 O.R. (2d) 308; *Traders Finance Corporation Limited v. Halverson* (1968), 2 D.L.R. (3d) 666; *Household Finance Corporation Limited v. Foster Limited et al.*, [1949] O.R. 123; *Jamesway v. Krug* (1932), 41 O.W.N. 146; *Bryans v. Peterson* (1920), 47 O.L.R. 298; *Rose v. Aftenberger et al.*, [1970] 1 O.R. 547; *Perry v. National Provincial Bank of England*, 1 Ch. 464 [1910]; *Canadian Indemnity Company c. Okanagan Main Line Real Estate Board et al.*, [1971] R.C.S. 493; *Jacques v. Lloyd D. George and Partners Limited*, [1968] 1 W.L.R. 625; *Firestone Tire and Rubber Company Limited v. Vokins and Co. Ltd.*, [1951] 1 Lloyd's L.R. 32; *Mendelsohn v. Norman Ltd.*, [1970] 1 Q.B. 177; *Hawrish c. Banque de Montréal*, [1969] R.C.S. 515 (arrêt suivi).

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a accueilli un appel d'un jugement de la Cour suprême de l'Ontario. Pourvoi rejeté.

B. P. Bellmore, pour le défendeur, appellant.

J. L. McDougall, pour la demanderesse, intimée.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal raises the question of the effect upon the liability of a guarantor to the creditor when the creditor, by reason of its dealing with security for the debt, has rendered it impossible to deliver the security to the guarantor upon the guarantor paying the debt.

Bauer, defendant at trial and appellant in this Court, hereinafter referred to as the guarantor, was in March of 1971 the principal officer and major shareholder of a company known as Grey Electronics Supply Limited, hereinafter referred to as the company. The company was a customer of the respondent bank. The bank was prepared to advance or to continue to allow the company an operating credit of up to \$50,000 upon receiving an assignment of the company's book accounts and the guarantee of the indebtedness by the guarantor. The guarantee was signed on the bank's standard form on March 29, 1971, and the assignment of book accounts was executed later on April 7, 1971. Despite the difference in date, it is common ground that the two dispositions formed part of the same transaction. In December of 1971, the guarantor sold his interest in the company to one David Walling. The bank would not, however, release him from his liability under the guarantee and it remained in effect. The company ran into serious difficulty and in August of 1974 it went into bankruptcy. The amount then owing by the company to the bank came to \$36,165.73. In the bankruptcy proceedings, the bank claimed preference relying upon its assignment of book accounts. The trustee, however, contested this claim successfully (see *Re Grey Electronic Supply Limited*¹) on the basis that the assignment had not been registered by the bank. The bank had attempted to register and in fact had done so but in the wrong county. The result of this failure, which was entirely the responsibility of the bank, was that the assignment was held to be void against the trustee. The assigned accounts, for whatever value they possessed, became available to general creditors and were of little if any value to the guarantor in

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi pose la question de l'effet que peuvent avoir sur l'obligation d'une caution envers le créancier, les actes du créancier en rapport avec la garantie de la dette qui ont rendu impossible sa rétrocession à la caution lorsque cette dernière a payé la dette.

Bauer, défendeur en première instance et appellant en cette Cour, ci-après appelé la caution, était, en mars 1971, administrateur principal et actionnaire majoritaire d'une compagnie connue sous le nom de Grey Electronic Supply Limited, ci-après appelée la compagnie. La compagnie était cliente de la banque intimée. La banque était disposée à fournir ou à continuer de consentir à la compagnie un crédit à l'exploitation jusqu'à concurrence de \$50,000 moyennant cession des comptes-clients de cette dernière et garantie de la dette par la caution. Le cautionnement a été signé sur le formulaire type de la banque le 29 mars 1971 et la cession des comptes-clients a été signée plus tard le 7 avril 1971. Malgré les dates différentes, il est admis que les deux actes font partie de la même opération. En décembre 1971, la caution a vendu ses actions de la compagnie à un nommé David Walling. Cependant, la banque a refusé de la libérer de l'obligation contractée en vertu du cautionnement qui est demeuré en vigueur. La compagnie a connu des difficultés sérieuses et, en août 1974, elle a déclaré faillite. La compagnie devait alors \$36,165.73 à la banque. Dans les procédures de faillite, la banque a fait valoir son droit d'être préférée vu la cession des comptes-clients. Cependant, le syndic a contesté avec succès cette réclamation (voir *Re Grey Electronic Supply Limited*¹) pour le motif que la banque n'avait pas enregistré la cession. La banque avait voulu l'enregistrer et l'avait effectivement fait mais dans le mauvais comté. Ce défaut, dû exclusivement à la banque, a entraîné l'inopposabilité de la cession au syndic. Les comptes cédés, quelle que soit leur valeur, sont devenus le gage commun des créanciers ordinaires et n'ont eu qu'un effet minime, sinon aucun, pour réduire l'obligation de la caution ou l'indemniser

¹ (1974), 6 O.R. (2d) 308 (S.C.).

¹ (1974), 6 O.R. (2d) 308 (S.C.).

reducing his obligation or recouping his loss under the guarantee. At trial before Galligan J. the bank's action was dismissed. The trial judge held that a creditor was under an obligation to "safe-guard securities given to him in the same condition as when the guarantee was given and if registration is necessary to make the security valid and effective, then the creditor must properly register the securities". He went on to hold that where a creditor fails to preserve the security, and it therefore became unavailable for delivery to the guarantor upon payment of the debt, the guarantor would be relieved wholly or partially from his liability depending on the extent of the injury suffered. He held as well that since the bank had not met the onus of showing to what extent the guarantor was prejudiced by the loss of the accounts, the guarantor was entitled to be fully discharged. On appeal by the bank, the Court of Appeal per Arnup J.A. agreed with the trial judge upon his disposition of the case as it was presented to him but allowed the appeal on a new point not raised or argued at trial.

As has been stated earlier, the guarantee was on the bank's standard form which is used regularly for this purpose. It provided for a continuing guarantee by the guarantor of all indebtedness of the company to the bank from time to time owing up to \$50,000 and provided as well:

It is further agreed that said bank, without exonerating in whole or in part the undersigned, or any of them (if more than one), may grant time, renewals, extensions, indulgences, releases and discharges to, may take securities from and give the same and any or all existing securities up to, may abstain from taking securities from, or from perfecting securities of, . . . the customer.

The inclusion of this provision in the guarantee raised the only point considered of significance in the Court of Appeal and Arnup J.A. for the Court dealt with it in these words:

In the circumstances of this case, the words "perfecting securities" in the guarantee included registration of the assignment of book debts in the right place. The guarantee contains in express terms an agreement by the

de la perte subie à cause du cautionnement. En première instance, le juge Galligan a rejeté l'action de la banque. Il a jugé qu'un créancier avait l'obligation de [TRADUCTION] «maintenir les garanties qui lui étaient données dans l'état où elles étaient au moment où il les a reçues et que si l'enregistrement est nécessaire pour rendre la garantie valide et exécutoire, alors le créancier doit l'enregistrer de la façon appropriée.» Il a ensuite décidé que lorsqu'un créancier ne conserve pas la garantie et qu'il devient alors impossible de la rétrocéder à la caution sur paiement de la dette, celle-ci est déchargée entièrement ou partiellement de son obligation dans la mesure du préjudice subi. Il a également jugé que puisque la banque ne s'était pas acquittée du fardeau de prouver l'étendue du préjudice qu'a subi la caution par la perte des comptes, la caution avait droit d'être entièrement libérée de son obligation. Lors de l'appel par la banque, le juge Arnup a souscrit à la décision du juge de première instance sur l'affaire telle qu'elle lui était présentée, mais a accueilli l'appel sur un nouveau moyen non présenté ni plaidé en première instance.

Comme je l'ai dit plus tôt, le contrat de cautionnement utilisé est le formulaire type régulièrement employé par la banque à cette fin. Il prévoit une garantie permanente par la caution de toutes les dettes éventuelles de la compagnie envers la banque jusqu'à concurrence de \$50,000 et prévoit également:

[TRADUCTION] Il est de plus convenu que ladite banque, sans libérer entièrement ou partiellement le soussigné, ou l'un d'entre eux (s'il y en a plus d'un), peut accorder un délai, des renouvellements, des prolongations, des tolérances, des remises et des quittances au client, elle peut accepter des garanties du client et lui remettre celles-ci ou une ou toutes les garanties actuelles, elle peut s'abstenir de prendre des garanties du client ou de parfaire ces garanties.

L'insertion de cette disposition dans le cautionnement pose la seule question que la Cour d'appel a estimée importante et le juge Arnup parlant au nom de la Cour l'a interprétée comme suit:

[TRADUCTION] Dans les circonstances de l'espèce, les mots «parfaire ces garanties» dans le cautionnement comprennent l'enregistrement de la cession des comptes-clients à l'endroit approprié. Le cautionnement stipule

signatory with the bank that the bank may abstain from perfecting securities without exonerating in whole or in part the guarantor. In our view, this language precisely covers the situation that arose, and accordingly it was not open to the defendant to assert, by way of defence, the alleged negligent dealing with the securities by the bank.

The duty of a creditor holding security for the performance of the obligations of a debtor or a surety is clearly established. The creditor, in the absence of agreement to the contrary with the debtor or the surety, must protect and preserve the security and be in a position, unless excused by other agreement, to return or reassign the security to the debtor or surety on repayment of the debt. The principle was aptly stated in *Traders Finance Corporation Limited v. Halverson*² by Bull J.A., at p. 672, where he collected various authorities on the point. As well Robertson C.J.O. in *Household Finance Corporation Limited v. Foster Limited et al.*³ reviewed several authorities on the point at pp. 132 and 133, after having said at p. 131, regarding the position of an endorser of a note who had no contract with the payee:

There was no contractual relationship between them with respect to the mortgage security given the appellant by the Fosters, the principal debtors. Such right or interest as the respondents had in that security rested, not upon contract, but on the rule of equity by which, upon payment of the debt, the surety is entitled to benefit of every security held by the creditor, even though neither contracted for by the surety, nor known to him, and even though not existing until after the surety became bound.

There are other authorities and writings to the same effect. See *Jamesway v. Krug*⁴, *Bryans v. Peterson*⁵, as well as *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 20, p. 152, para. 280 *et seq.*, and *Snell's Principles of Equity*, 27th ed., p. 462 and p. 463. It was upon a recognition of this principle, and without having the clause above quoted referred to him, that Galligan J. exonerated the guarantor at trial.

expressément que la banque peut s'abstenir de parfaire les garanties sans libérer entièrement ou partiellement la caution. A notre avis, ces termes visent précisément la situation qui s'est présentée et, par conséquent, le défendeur ne peut invoquer en défense la prétendue négligence de la banque relativement aux garanties.

Le devoir d'un créancier qui détient une garantie relative à l'exécution des obligations d'un débiteur ou d'une caution est bien établi. En l'absence d'une convention contraire avec le débiteur ou la caution, le créancier doit protéger et conserver la garantie et être en mesure, à moins d'en être exempté par une autre convention, de la remettre ou de la rétrocéder au débiteur ou à la caution sur paiement de la dette. Le principe a été correctement énoncé dans *Traders Finance Corporation Limited v. Halverson*² par le juge Bull, à la p. 672, qui cite de la jurisprudence sur la question. De même le juge Robertson, juge en chef de l'Ontario, dans *Household Finance Corporation Limited v. Foster Limited et al.*³, analyse plusieurs décisions sur la question aux pp. 132 et 133, après avoir dit à la p. 131, sur la situation de l'endosseur d'un billet qui n'a aucun contrat avec le bénéficiaire:

[TRADUCTION] Il n'existait aucun lien contractuel entre eux relativement à la garantie hypothécaire que les Foster, les principaux débiteurs, avaient donnée à l'appelante. Le droit ou l'intérêt que les intimés détenaient dans cette garantie reposait non pas sur un contrat mais sur la règle d'*equity* en vertu de laquelle, sur paiement de la dette, la caution a droit de bénéficier de toute garantie détenue par le créancier, peu importe qu'elle ne soit pas partie au contrat, qu'elle en ignore l'existence, et que la garantie n'existât pas au moment où la caution s'est engagée.

D'autres décisions et écrits vont dans le même sens. Voir *Jamesway v. Krug*⁴, *Bryans v. Peterson*⁵, de même que *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 20, à la p. 152, par. 280 et suiv., et *Snell's Principles of Equity*, 27^e éd., aux pp. 462 et 463. C'est selon ce principe, et sans que la clause précitée lui soit mentionnée, que le juge Galligan a exonéré la caution en première instance.

² (1968), 2 D.L.R. (3d) 666 (B.C.C.A.).

³ [1949] O.R. 123.

⁴ (1932), 41 O.W.N. 146 (Ont. H.C.).

⁵ (1920), 47 O.L.R. 298 (C.A.).

² (1968), 2 D.L.R. (3d) 666 (B.C.C.A.).

³ [1949] O.R. 123.

⁴ (1932), 41 O.W.N. 146 (H.C. Ont.).

⁵ (1920), 47 O.L.R. 298 (C.A.).

Despite this rule, it is open to the parties to make their own arrangements, and a surety is competent to contract himself out of the protection of the equitable rule requiring preservation of his security. If authority is needed for such a proposition, it may be found in *Rose v. Aftenberger et al.*⁶, where Laskin J.A., as he then was, speaking for the Ontario Court of Appeal, said:

The law is that sureties are entitled to the benefits of any security taken by a creditor who has their promise to pay the debt of the principal obligor, unless the sureties have contracted themselves out of this right or are estopped from asserting it. In this connection it is immaterial when the security was taken or whether the guarantor knew of it at the time.

See as well Holden, *Security for Banker's Advances*, 2nd ed., pp. 197 *et seq.*, where the question is discussed and reference is made to *Perry v. National Provincial Bank of England*⁷. It was upon this basis that the Court of Appeal allowed the appeal and imposed liability on the guarantor.

In this Court, the appellant argued several points. In summary, his argument embraced four principal propositions. He contended in the first place that the clause in the guarantee relied upon by the Court of Appeal was an exemption or exclusion clause, and as such it should be construed *contra proferentem*, that is, against the bank whose standard printed form embodied the guarantee. He then contended that the bank could not rely on the clause because it was unusual, onerous, and unreasonable. Further, it was said that the execution of the guarantee was procured by a misrepresentation of its nature and effect by the bank and it should be set aside. Finally it was argued that it had been specifically agreed in a collateral agreement that the assigned accounts would be preserved for reassignment to the guarantor upon payment of the debt.

I turn now to the exemption clause argument. It was argued that the provision giving the bank wide freedom in its dealing with security furnished by

Malgré cette règle, les parties peuvent conclure leur propre entente, et une caution peut renoncer à la protection de la règle d'*equity* qui exige la conservation de sa garantie. Si besoin est, on peut citer l'arrêt *Rose v. Aftenberger et al.*⁶, qui appuie cette proposition. Le juge Laskin, maintenant juge en chef du Canada, parlant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, y a dit:

[TRADUCTION] En droit, les cautions peuvent bénéficier de toute garantie prise par un créancier à qui elles ont promis de payer la dette du débiteur principal, à moins qu'elles aient renoncé à ce droit ou qu'elles soient empêchées de le revendiquer. A cet égard, le moment où la garantie est acceptée ou la connaissance de son existence par la caution à l'époque importe peu.

Voir également Holden, *Security for Banker's Advances*, 2^e éd., aux pp. 197 et suiv., où l'on analyse la question et mentionne l'arrêt *Perry v. National Provincial Bank of England*⁷. C'est sur ce fondement que la Cour d'appel a accueilli l'appel et conclu à la responsabilité de la caution.

Devant cette Cour, l'appellant a invoqué plusieurs moyens. En bref, sa plaidoirie comprend quatre propositions principales. Il prétend d'abord que la clause du cautionnement sur laquelle s'est appuyée la Cour d'appel est une clause d'exonération ou d'exclusion, et qu'à ce titre elle doit être interprétée *contra proferentem*, c'est-à-dire contre la banque dont le formulaire type constate le cautionnement. Il ajoute ensuite que la banque ne peut invoquer la clause parce qu'elle est exceptionnelle, onéreuse et déraisonnable. De plus il allègue que la banque a obtenu la signature du cautionnement par une déclaration inexacte sur la nature et l'effet de celui-ci et qu'il devrait être annulé. Finalement il soutient qu'il a été spécifiquement convenu dans une convention accessoire que les comptes cédés seraient conservés pour être rétrocédés à la caution sur paiement de la dette.

J'examine d'abord l'argument fondé sur la clause d'exonération. On prétend que la clause qui donne à la banque toute liberté d'action relative-

⁶ [1970] 1 O.R. 547.

⁷ [1910] 1 Ch. 464 (C.A.).

⁶ [1970] 1 O.R. 547.

⁷ [1910] 1 Ch. 464 (C.A.).

the company fell into the classification of an exclusion clause and it was therefore subject to special rules of construction. There have been various attempts to define and to categorize exemption clauses which generally have the effect of excluding or limiting the liability of one party to a contract and which generally, but not always, appear in standard form contracts widely used in commercial matters. While they have been variously described, I find that the categorization in *Chitty on Contracts*, 24th ed., vol. 1, at p. 362, particularly helpful where it is said:

Exemption clauses may broadly be divided into three categories. First, there are clauses which purport to exempt one party from a substantive obligation to which he would otherwise be subject under the contract, for example, by excluding express or implied terms, by limiting liability to cases of wilful neglect or default, or by binding a buyer of land or goods to accept the property sold subject to "faults", "defects" or "errors of description". Secondly, there are clauses which purport to relieve a party in default from the sanctions which would otherwise attach to his breach of contract, such as the liability to be sued for breach or to be liable in damages, or which take away from the other party the right to repudiate or rescind the agreement. Thirdly, there are clauses which purport to qualify the duty of the party in default to indemnify the other party, for example, by limiting the amount of damages recoverable against him, or by providing a time-limit within which claims must be made.

Contracts falling within these categories are said to be subject to special rules of construction. In construing such a clause, the court will see that the clause is expressed clearly and that it is limited in its effect to the narrow meaning of the words employed and it must clearly cover the exact circumstances which have arisen in order to afford protection to the party claiming benefit. It is generally to be construed against the party benefiting from the exemption and this is particularly true where the clause is found in a standard printed form of contract, frequently termed a contract of adhesion, which is presented by one party to the other as the basis of their transaction. No argument was raised by the bank against the general

ment à la garantie fournie par la compagnie relève de la catégorie des clauses d'exclusion et qu'elle est donc soumise à des règles spéciales d'interprétation. Plusieurs tentatives ont été faites pour définir et classer les clauses d'exonération qui ont généralement l'effet d'exclure ou de limiter la responsabilité d'une partie à un contrat et qui généralement, mais pas toujours, sont insérées dans les contrats types largement utilisés dans le commerce. Bien qu'elles aient fait l'objet de plusieurs descriptions, je considère la classification donnée dans *Chitty on Contracts*, 24^e éd., vol. 1, à la p. 362, particulièrement utile:

[TRADUCTION] On peut généralement diviser les clauses d'exonération en trois catégories. Premièrement, il y a les clauses qui visent à exonérer une partie d'une obligation réelle à laquelle elle serait autrement assujettie en vertu du contrat, par exemple, par des clauses formelles ou implicites d'exclusion, par une limitation de la responsabilité aux cas de négligence volontaire ou de manquement à un engagement, ou par une stipulation que l'acheteur de bien-fonds ou de marchandises doit accepter le bien vendu avec ses «vices», «défauts» ou «erreurs de description». Deuxièmement, il y a des clauses qui visent à libérer une partie en défaut des sanctions qu'entraînerait autrement son inexécution du contrat, comme la possibilité d'être poursuivie pour inexécution ou d'être tenue responsable en dommages-intérêts, ou des clauses qui visent à priver l'autre partie du droit de répudier ou de résilier la convention. Troisièmement, il y a les clauses qui visent à limiter l'obligation de la partie en défaut d'indemniser l'autre partie, par exemple, en réduisant le montant des dommages-intérêts qui peuvent lui être réclamés, ou en fixant un délai de prescription des réclamations.

Les contrats qui tombent dans ces catégories sont, a-t-on dit, soumis à des règles spéciales d'interprétation. Lorsque la cour interprète une telle clause, elle s'assure qu'elle est clairement formulée et que son effet est limité au sens restreint des mots employés; pour assurer une protection à la partie qui l'invoque, il doit être évident que la clause vise les circonstances exactes qui se présentent. Elle est généralement interprétée contre la partie qui bénéficie de l'exonération et c'est d'autant plus vrai lorsque la clause se trouve dans un contrat type imprimé, fréquemment appelé contrat d'adhésion, qu'une partie présente à l'autre comme fondement de leur convention. La banque ne conteste pas les énoncés généraux susmentionnés, mais

propositions advanced above, but it was contended that this clause was not an exemption clause and did not become subject to any special rules of construction. I accept the basic argument of the bank on this point. The clause in question is not an exemption clause in my opinion. It is no more than a provision which varies the ordinary terms of a guarantee and which gives the bank the right to deal with security provided by the debtor with greater freedom than would be otherwise permissible. This is a provision by which the guarantor has contracted himself out of the equitable right he would have possessed in the absence of this term and he has, as a term of the contract between the bank and himself, given the bank affirmative rights in this regard. That a guarantor in this situation is fully competent to so dispose of his affairs is beyond question (see the words of Laskin J.A., as he then was, in *Rose v. Aftenberger*, *supra*, quoted above and *Perry v. National Provincial Bank of England*, *supra*, particularly the words of Couzens-Hardy, M.R., at p. 471). The clause in question here is just such a provision as that referred to in the *Perry* case. It must be construed according to the general rules of construction and the appellant may not, in my view, call in aid any special rules applicable in an approach to an exemption clause.

When the whole guarantee is examined, it becomes clear at once that the consideration for the guarantee was the bank's continuation of the line of credit it had advanced to the company. As part of the transaction, the company had agreed to give and had given the assignment of book debts. The clause in question gave the bank powers which it could exercise or not as it chose in dealing with that security. The principal bone of contention here turned on the words permitting the bank to abstain from perfecting or registering securities. "Abstain" meant, it was said, to voluntarily or knowingly refrain from registration. The bank had then not abstained from registration for it had tried unsuccessfully to do so and had negligently failed. Therefore, it was said that upon a strict construction of the clause in question it had not brought itself within its terms and the guarantee should be void. I am not able to accept this argument. I do not consider that the reason or

elle prétend que cette clause n'est pas une clause d'exonération et qu'elle n'est soumise à aucune règle spéciale d'interprétation. J'accepte l'argument fondamental de la banque sur ce point. A mon avis, il ne s'agit pas d'une clause d'exonération. Ce n'est rien de plus qu'une disposition qui modifie les conditions ordinaires d'un cautionnement et qui donne à la banque le droit de traiter la garantie donnée par le débiteur avec beaucoup plus de liberté qu'elle n'en aurait autrement. C'est une disposition par laquelle la caution a renoncé au droit qu'elle aurait eu en *equity* en l'absence de cette stipulation et, par son contrat avec la banque, la caution a donné à cette dernière des droits à cet égard. Il ne fait pas de doute qu'en pareille situation une caution est entièrement libre de régler ainsi ses affaires (voir l'extrait précité de l'opinion du juge Laskin, maintenant juge en chef du Canada, dans *Rose v. Aftenberger*, et *Perry v. National Provincial Bank of England*, précité, particulièrement l'opinion du Maître des rôles Couzens-Hardy, à la p. 471.) La clause en question ici est simplement une condition comme celle mentionnée dans l'affaire *Perry*. On doit l'interpréter conformément aux règles générales d'interprétation et, à mon avis, l'appelant ne peut invoquer en sa faveur aucune règle spéciale applicable à l'examen d'une clause d'exonération.

Lorsque l'on examine le cautionnement dans son ensemble, il devient tout de suite évident qu'il avait pour objet de maintenir la marge de crédit que la banque avait accordée à la compagnie. Aux termes du contrat, la compagnie a accepté de céder ses comptes-clients, ce qu'elle a effectivement fait. La clause en question donnait à la banque des pouvoirs qu'elle pouvait exercer à son gré relativement à cette garantie. En l'espèce, la principale pomme de discorde porte sur les mots qui permettaient à la banque de s'abstenir de parfaire ou d'enregistrer les garanties. «S'abstenir», dit-on, signifie s'abstenir volontairement ou sciemment d'enregistrer. Ainsi, la banque ne s'est pas abstenue d'enregistrer puisqu'elle a essayé de le faire et, par négligence, n'y a pas réussi. On prétend donc que, selon une interprétation stricte de la clause en question, elle ne pouvait s'en prévaloir et que le cautionnement devrait être nul. Je ne peux accepter cet argument. Je n'estime pas que la raison ou le motif du défaut

motive for the bank's non-registration alters the case. The bank was under a duty not to damage the position of the guarantor or act to his prejudice beyond the terms of the agreement but the clause is clear in that it provides that a failure to perfect security or to register will not impair the bank's position. This ground of appeal must fail.

To the argument that the clause was onerous and unreasonable and that the bank could not rely upon it, various arguments were advanced. It was stressed that the guarantee was on a standard bank form, that it was drawn by a party seeking to rely upon the clause, that there was inequality between the parties, and that the clause was unusual in nature. I can find no merit in this position. While it is, of course, true that the guarantee was on the bank's standard form, it is difficult to say that the clause was unusual. It was the one the bank always used and the guarantor, an experienced business man, admitted that he had signed three previous guarantees to the bank on the same form and that he knew the general scope and purpose of the guarantee and what it would require of him. The guarantor was a customer of the bank, he had been for some years. While I suppose it could be said that there is always a degree of inequality between borrower and lender, banker and guarantor, there was no such inequality here that would void the arrangements. Nor, in my opinion, can it be said that there was any unreasonableness in the arrangement. This contract concluded between the bank and the guarantor was an ordinary commercial transaction carried out between the bank and an experienced business man in the same manner and upon the same terms as are employed daily in such matters. The contract created no unusual or onerous burden in ordinary commercial terms. I can find no merit in this argument.

The third argument involves the assertion that the execution of the guarantee was procured by misrepresentation of its full nature and effect by the bank or, alternatively, that there was a failure to explain its nature and effect. The misrepresentation alleged is that the bank manager told the guarantor that upon his paying the amount

d'enregistrement modifie la question. La banque avait l'obligation de ne pas nuire à la position de la caution ou de ne pas lui causer de préjudice excepté selon les termes de la convention, mais la clause est claire car elle prévoit que le défaut de parfaire la garantie ou de l'enregistrer ne portera pas atteinte à la position de la banque. Ce moyen d'appel doit échouer.

Plusieurs arguments ont été avancés à l'appui de la prétention que la clause est onéreuse et déraisonnable et que la banque ne peut l'invoquer. On a fait ressortir qu'un formulaire type de la banque avait été utilisé pour le cautionnement, qu'il émanait de la partie qui invoquait la clause, qu'il y avait inégalité entre les parties et que la clause était exceptionnelle par nature. Je n'estime pas cet argument bien-fondé. Bien qu'il soit évidemment vrai qu'on a utilisé le formulaire type de la banque pour le cautionnement, il est difficile de dire que la clause est exceptionnelle. C'est celle que la banque utilise toujours et la caution, un homme d'affaires expérimenté, a admis qu'il avait signé trois cautionnements antérieurs avec la banque sur le même formulaire et qu'il en connaissait la portée générale et le but ainsi que ce qu'il exigeait de lui. La caution était un client de la banque depuis plusieurs années. Bien que l'on puisse sans doute dire qu'il existe toujours une certaine inégalité entre l'emprunteur et le prêteur, le banquier et la caution, il n'y avait pas ici d'inégalité de nature à rendre les ententes nulles. A mon avis, on ne peut pas dire non plus que l'entente est déraisonnable. Ce contrat conclu entre la banque et la caution est une opération commerciale ordinaire entre la banque et un homme d'affaires expérimenté de la même manière et aux mêmes conditions que celles utilisées quotidiennement dans des affaires de ce genre. Le contrat ne crée aucun fardeau exceptionnel ou onéreux selon le langage commercial ordinaire. Je n'estime pas cet argument bien-fondé.

Le troisième argument porte que la signature du cautionnement a été obtenue par une déclaration inexacte de la banque quant à la nature et à l'effet réels de celui-ci ou, subsidiairement, que l'on n'en a pas expliqué la nature et l'effet. La déclaration inexacte serait celle du directeur de la banque à la caution portant que, sur paiement du montant

secured under the guarantee, the book debts would be reassigned to him. This representation was false for the reason that it contradicted the bank's own document. It was contended that the guarantee would not have been executed in its absence. Various authorities were cited for the proposition that a contract induced by misrepresentation or by an oral representation, inconsistent with the form of the written contract, would not stand and could not bind the party to whom the representation had been made. These authorities included *Canadian Indemnity Company v. Okanagan Main Line Real Estate Board et al.*⁸, per Judson J. at p. 500, *Jacques v. Lloyd D. George and Partners Limited*⁹, per Lord Denning at pp. 630-631, *Firestone Tire and Rubber Company Limited v. Vokins and Co. Ltd.*¹⁰, see Devlin J. at p. 39, and *Mendelsohn v. Norman Ltd.*¹¹

No quarrel can be made with the general proposition advanced on this point by the appellant. To succeed, however, this argument must rest upon a finding of some misrepresentation by the bank, innocent or not, or on some oral representation inconsistent with the written document which caused a misimpression in the guarantor's mind, or upon some omission on the part of the bank manager to explain the contents of the document which induced the guarantor to enter into the guarantee upon a misunderstanding as to its nature. For reasons which will appear later in that part of this judgment dealing with the collateral contract argument, I am of the view that there is no evidence which would support any such finding against the bank. The cases referred to above support the general proposition advanced but rest upon a factual basis providing support for the argument. In each case there is a clear finding of a specific misrepresentation which led to the formation of the contract in question, a circumstance not to be found here. This argument must fail as well.

Finally, it was the contention of the guarantor that the bank could not rely on the above-quoted provision in the facts of this case because it was an

garanti par le cautionnement, les créances lui seraient rétrocédées. Cette déclaration est fautive puisqu'elle contredit le document même de la banque. On a prétendu que sans elle, le cautionnement n'aurait pas été signé. Plusieurs arrêts ont été cités à l'appui de la proposition qu'un contrat obtenu par une déclaration inexacte ou par une déclaration verbale incompatible avec le texte du contrat, ne peut être valide et ne peut lier la partie à qui la déclaration a été faite. Cette jurisprudence comprend les arrêts *Canadian Indemnity Company c. Okanagan Main Line Real Estate Board et al.*⁸, le juge Judson à la p. 500, *Jacques v. Lloyd D. George and Partners Limited*⁹, lord Denning aux pp. 630 et 631, *Firestone Tire and Rubber Company Limited v. Vokins and Co. Ltd.*¹⁰, voir le juge Devlin à la p. 39, et *Mendelsohn v. Norman Ltd.*¹¹

On ne peut contester l'énoncé général de l'appellant sur ce point. Cependant, pour réussir, cet argument doit s'appuyer sur une conclusion que la banque a fait, de bonne foi ou non, une déclaration inexacte, ou sur une déclaration verbale incompatible avec le document qui serait la source d'une impression erronée dans l'esprit de la caution, ou sur quelque omission du directeur de la banque d'expliquer la teneur du document qui a incité la caution à signer le cautionnement en se trompant sur sa nature. Pour les motifs que je donnerai plus loin dans la partie de ce jugement qui porte sur le contrat accessoire, je suis d'avis qu'aucune preuve ne peut appuyer une telle conclusion contre la banque. Les arrêts susmentionnés appuient l'énoncé général soumis mais se fondent sur des faits qui justifient l'argument. Dans chaque cas on conclut clairement à une déclaration inexacte précise qui a entraîné la signature du contrat en question, situation qu'on ne retrouve pas ici. Cet argument doit également échouer.

Finalement, la caution prétend que la banque ne peut invoquer la clause précitée compte tenu des faits de l'espèce parce qu'à titre de condition

⁸ [1971] S.C.R. 493.

⁹ [1968] 1 W.L.R. 625 (C.A.).

¹⁰ [1951] 1 Lloyds L.R. 32 (K.B.D.).

¹¹ [1970] 1 Q.B. 177 (C.A.).

⁸ [1971] R.C.S. 493.

⁹ [1968] 1 W.L.R. 625 (C.A.).

¹⁰ [1951] 1 Lloyds L.R. 32 (K.B.D.).

¹¹ [1970] 1 Q.B. 177 (C.A.).

express condition of the giving of the guarantee that the accounts be preserved for the benefit of the guarantor and reassigned to him on payment of the company's indebtedness. The bank was, therefore, in breach of its undertaking in this regard and was not entitled to take advantage of the provision. The argument had not been raised at trial presumably because no reliance had been placed upon the relieving provision above quoted.

I have examined the evidence with care and find it difficult to discover any very clear support for the existence of any such collateral or qualifying agreement. However, Galligan J. considered there was such an agreement for he said:

Not only is it the law that a surety upon payment of the debt is entitled to the benefit of the security held by the creditor, (see *Household Finance Corporation v. Foster* (C.A.), [1949], O.R. 123), in this case I am satisfied that it was understood between the plaintiff's branch manager and the defendant that if the defendant paid the indebtedness of Grey Electronic to the plaintiff, the plaintiff would deliver to him the book debts of Grey Electronic, the assignment of which was held by it.

To make such a finding, he would necessarily have had to rely on evidence. The only evidence I can find in the record of such an arrangement is a statement by the bank manager that the bank would have reassigned the accounts on payment by the guarantor as normal practice, and the assertion by the guarantor that he had been told by the bank manager that if he made good on his guarantee the accounts would be reassigned to him. He said as well that he would not have given his guarantee otherwise. There was then some evidence for the finding of the trial judge and its sufficiency is not for this Court to judge. However, it seems clear to me that this evidence would go towards imposing a limit on the bank's rights with respect to the security given by the debtor. This would clearly contradict the terms of the guarantee which, as has been pointed out, gave the bank the right to abstain from registration and perfection of security. On this basis, it would be inadmissible under the parole evidence rule and any collateral agreement founded upon it could not stand. I can see no

expresse du consentement au cautionnement, les comptes devaient être conservés pour le bénéfice de la caution et rétrocédés à cette dernière sur paiement des dettes de la compagnie. Donc, comme la banque n'a pas respecté son engagement à cet égard, elle n'a pas le droit de se prévaloir de la clause. L'argument n'avait pas été soulevé en première instance sans doute parce qu'on ne s'y est pas appuyé sur la clause d'exonération susmentionnée.

J'ai examiné la preuve minutieusement et il m'est difficile de trouver un appui très clair à l'existence de pareille convention accessoire ou modificatrice. Cependant, le juge Galligan était d'avis qu'une telle convention existait puisqu'il a dit:

[TRADUCTION] Non seulement en droit une caution peut-elle bénéficier, sur paiement de la dette, de la garantie détenue par le créancier, (voir *Household Finance Corporation v. Foster* (C.A.), [1949] O.R. 123), mais en l'espèce je suis convaincu qu'il était entendu entre le directeur de la succursale de la demanderesse et le défendeur que si le défendeur payait la dette de Grey Electronic à la demanderesse, cette dernière lui rétrocéderait les créances de Grey Electronic, dont elle était cessionnaire.

Pour parvenir à une telle conclusion, il devait nécessairement s'appuyer sur la preuve. La seule preuve d'une telle entente que je trouve au dossier est une déclaration du directeur de la banque que celle-ci rétrocéderait les comptes à la caution sur paiement par cette dernière, selon la pratique courante, et l'affirmation par la caution que le directeur de la banque lui avait dit que s'il respectait son cautionnement les comptes lui seraient rétrocédés. Il a dit également qu'il n'aurait pas consenti au cautionnement autrement. La conclusion du juge de première instance s'appuyait donc sur une certaine preuve et il n'appartient pas à cette Cour de juger si elle est suffisante. Cependant, il me semble clair que cette preuve tendrait à limiter les droits de la banque relativement à la garantie donnée par le débiteur. Cela contredirait nettement les conditions du cautionnement qui, comme je l'ai signalé, donnent à la banque le droit de s'abstenir d'enregistrer et de parfaire la garantie. Sur cette base, elle serait irrecevable en vertu de la règle relative à la preuve testimoniale et toute

distinction between the case at bar and that of *Hawrish v. Bank of Montreal*¹², where in almost identical circumstances, Judson J., speaking for this Court, said at p. 520:

Bearing in mind these remarks to the effect that there must be a clear intention to create a binding agreement, I am not convinced that the evidence in this case indicates clearly the existence of such intention. Indeed, I am disposed to agree with what the Court of Appeal said on this point. However, this is not in issue in this appeal. My opinion is that the appellant's argument fails on the ground that the collateral agreement allowing for the discharge of the appellant cannot stand as it clearly contradicts the terms of the guarantee bond which state that it is a continuing guarantee.

The appellant has relied upon *Byers v. McMillan*. But upon my interpretation that the terms of the two contracts conflict, this case is really against him as it is there stated by Strong J. that a collateral agreement cannot be established where it is inconsistent with or contradicts the written agreement. To the same effect is the unanimous judgment of the High Court of Australia in *Hoyt's Proprietary Ltd. v. Spencer*, which rejected the argument that a collateral contract which contradicted the written agreement could stand with it. Knox C.J., said at p. 139:

A distinct collateral agreement, whether oral or in writing, and whether prior to or contemporaneous with the main agreement, is valid and enforceable even though the main agreement be in writing, provided the two may consistently stand together so that the provisions of the main agreement remain in full force and effect notwithstanding the collateral agreement. This proposition is illustrated by the decisions in *Lindley v. Lacey* [*supra*], *Erskine v. Adeane* [*supra*], *De Lassalle v. Guildford*, [1901] 2 K.B. 215, and other cases.

Any such collateral oral agreement as contended for by the appellant therefore may not stand in the face of the written guarantee. It follows that an additional argument raised by the guarantor relating to a claim that the collateral contract had been fundamentally breached will not require to be dealt with. I would dismiss the appeal. In all

convention accessoire fondée sur celle-ci ne serait pas valable. Je ne vois aucune distinction entre la présente espèce et l'affaire *Hawrish c. Banque de Montréal*¹², où, dans des circonstances presque analogues, le juge Judson, parlant au nom de cette Cour, a dit à la p. 520:

[TRADUCTION] Gardant à l'esprit ces remarques portant qu'il doit y avoir une intention manifeste de créer une convention liant les parties, je ne suis pas convaincu que la preuve en l'espèce indique manifestement l'existence d'une telle intention. En fait, je suis enclin à souscrire à ce qu'a dit la Cour d'appel sur cette question. Toutefois, cela n'est pas en litige dans ce pourvoi. Je suis d'avis que l'argument de l'appelant doit échouer parce que la convention accessoire qui permet de libérer l'appelant n'est pas valable puisqu'elle contredit manifestement les conditions de la garantie qui prévoient qu'il s'agit d'une garantie permanente.

L'appelant s'est appuyé sur *Byers v. McMillan*. Mais, puisque je suis d'avis que les conditions des deux contrats sont incompatibles, cette affaire lui est en fait défavorable puisque le juge Strong y déclare qu'on ne peut faire la preuve d'une convention accessoire lorsqu'elle est incompatible avec un contrat écrit ou qu'elle le contredit. Le jugement unanime de la Haute Cour d'Australie dans *Hoyt's Proprietary Ltd. v. Spencer*, où on a rejeté l'argument qu'un contrat accessoire qui contredit le contrat écrit peut être également valable, va dans le même sens. Le juge en chef Knox a dit à la p. 139:

Une convention accessoire distincte, qu'elle soit verbale ou écrite, qu'elle soit antérieure au contrat principal ou contemporaine, est valide et exécutoire même si le contrat principal est écrit, si les deux documents sont compatibles de sorte que les dispositions du contrat principal demeurent valides et exécutoires indépendamment de la convention accessoire. Cette proposition est illustrée par plusieurs décisions dont *Lindley v. Lacey* [précité], *Erskine v. Adeane* [précité], *De Lassalle v. Guildford*, [1901] 2 K.B. 215.

Une convention accessoire verbale comme celle invoquée par l'appelant ne peut donc être maintenue à l'encontre d'un cautionnement écrit. Il s'ensuit donc que nous n'avons pas à examiner l'argument supplémentaire invoqué par la caution portant qu'il y a eu violation fondamentale du contrat accessoire. Je suis d'avis de rejeter le pour-

¹² [1969] S.C.R. 515.

¹² [1969] R.C.S. 515.

circumstances of this case, I would not award costs to the respondent in any of the Courts.

Appeal dismissed without costs.

Solicitors for the defendant, appellant: Lockwood, Bellmore & Moore, Toronto.

Solicitors for the plaintiff, respondent: Fraser & Beatty, Toronto.

voilà. Compte tenu de toutes les circonstances de cette affaire, il n'y aura pas d'adjudication de dépens à l'intimée dans aucune cour.

Pourvoi rejeté sans dépens.

Procureurs du défendeur, appellant: Lockwood, Bellmore & Moore, Toronto.

Procureurs de la demanderesse, intimée: Fraser & Beatty, Toronto.