

Norma Isobel Rushton (*Defendant*)
Appellant;

and

Industrial Development Bank (*Defendant*)
Respondent;

and

Mabel Esson (*Plaintiff*) and **Gordon James Wallace, The Royal Bank of Canada and The Toronto-Dominion Bank** (*Defendants*).

1972: November 10; 1973: January 31.

Present: Judson, Hall, Spence, Pigeon and Laskin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Mortgages—Second mortgage given by two co-mortgagors on separately owned properties—Second mortgagee taking assignment of first mortgage on one property and completing foreclosure of subsequent interests—Part of said property later sold—Foreclosure action against other property—Sale demanded by subsequent encumbrancer—Whether second mortgagee may prove in the foreclosure and sale proceedings.

PR and NR, husband and wife, were the respective owners of two parcels of land. A mortgage given in 1972 by PR and NR to the Industrial Development Bank was a second mortgage on both the husband's property and the wife's property. In 1964, the first mortgagee on the husband's property took foreclosure proceedings. The bank redeemed as ranking first in priority and proceeded to a final order of foreclosure in 1966 of all subsequent interests. In 1969 the bank sold part of the husband's property comprised in the mortgage.

In 1968, the first mortgagee on the wife's property began a foreclosure action against the wife's property. A subsequent mortgagee requested a sale in accordance with the provisions and practice in that respect, and an order was made directing a sale instead of foreclosure. The bank then sought to prove as a creditor in the Master's Office in these proceedings.

Norma Isobel Rushton (*Défenderesse*)
Appelante;

et

Banque d'Expansion Industrielle
(*Défenderesse*) *Intimée.*

et

Mabel Esson (*Demanderesse*) et **Gordon James Wallace, The Royal Bank of Canada et The Toronto-Dominion Bank** (*Défendeurs*).

1972: le 10 novembre; 1973: le 31 janvier.

Présents: Les Juges Judson, Hall, Spence, Pigeon et Laskin.

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

Hypothèques—Seconde hypothèque consentie par deux co-débiteurs hypothécaires sur la propriété distincte de chacun—Deuxième créancier hypothécaire devenant détentrice de la première hypothèque et procédant à la forclusion à l'égard des intérêts subséquents—Partie de cette propriété vendue plus tard—Action de forclusion engagée contre l'autre propriété—Vente demandée par le créancier postérieur—Le deuxième créancier hypothécaire peut-il prouver sa créance dans les procédures de forclusion et de vente.

PR et NR sont des conjoints qui étaient les propriétaires respectifs de deux parcelles de terrain. Une hypothèque consentie en 1962 par PR et NR à la Banque d'expansion industrielle était une deuxième hypothèque sur les propriétés respectives du mari et de l'épouse. En 1964, le premier créancier hypothécaire de la propriété du mari a engagé des procédures de forclusion. La banque, en sa qualité de créancière prioritaire, a effectué le rachat et, en 1966, a obtenu une ordonnance finale de forclusion de tous les intérêts subséquents. En 1969, la banque a vendu une partie de la propriété du mari comprise dans l'hypothèque.

En 1968, le premier créancier hypothécaire de la propriété de l'épouse a engagé des procédures de forclusion contre la propriété de l'épouse. Un créancier hypothécaire subséquent a demandé la vente, en conformité des dispositions et de la pratique à cet égard, et une ordonnance de vente au lieu d'une ordonnance de forclusion a été rendue. La banque a cherché alors à justifier d'une créance devant le Master dans ces procédures.

On appeal from the Master, the trial judge held that the bank, by proceeding as it did in respect of the husband's lands, had lost its claim for the debt and hence could not prove in the foreclosure and sale proceedings in respect of the wife's lands. This order was reversed by the Court of Appeal and from its judgment the wife appealed to this Court.

Held: (Judson and Pigeon JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Hall, Spence and Laskin JJ.: The proper course for the bank to have taken in the foreclosure proceedings in respect of the husband's property was to have sought a sale in those proceedings rather than to have redeemed and then taken a final order of foreclosure, a step which was followed by sales of some of the property which it had taken as its own. A foreclosure sale, in judicial proceedings, would have resulted in an accounting of the proceeds, leaving the bank free to pursue the co-mortgagors for any balance owing.

By taking the course that it did in respect of the husband's property and then seeking to prove for the mortgage debt in the foreclosure action in respect of the wife's property, the bank was in an inconsistent position. It had made its election to forego the debt by disabling itself from restoring all the security given for that debt.

Per Judson and Pigeon JJ., *dissenting*: By selling part of the husband's mortgaged property after the final order of foreclosure, the bank could not be said to have elected to accept the amount realized in settlement of its debt on its second mortgage. The bank took no proceedings under its mortgage. It was compelled to take over a prior mortgage to protect its own second mortgage. An extension of the principle in *Gordon Grant & Co. v. F. L. Boos*, [1926] A.C. 781, with this situation had no authority behind it and some very strong authority against it. The bank could prove for its mortgage debt against the wife's property, giving credit for what it had received.

[*John Abell Engine & Machine Works Co. v. Porter* (1909), 12 W.L.R. 470, not followed; *Davidson v. Sharpe* (1920), 60 S.C.R. 72; *Hall v. Heward* (1886), 32 Ch. D. 430; *Gee v. Liddell*, [1913] 2 Ch. 62; *Re Burrell* (1869), L.R. 7 Eq. 399; *Gordon Grant & Co. v. Boos*, *supra*; *Beatty v. Bailey* (1912), 26 O.L.R.

Sur l'appel porté contre le rapport du Master, le juge de première instance a décidé que la banque, en agissant comme elle l'a fait à l'égard des biens-fonds du mari, avait perdu son droit de créance et ne pouvait donc prouver aucune créance dans les procédures de forclusion et de vente à l'égard des biens-fonds de l'épouse. Ce jugement a été infirmé par la Cour d'appel. L'épouse a appelé à cette Cour.

Arrêt: L'appel doit être accueilli, les Juges Judson et Pigeon étant dissidents.

Les Juges Hall, Spence et Laskin: Dans les procédures de forclusion engagées à l'égard des biens-fonds du mari, la banque aurait dû demander la vente plutôt que d'exercer son droit de rachat et de demander ensuite une ordonnance finale de forclusion, mesure qui a été suivie par la vente d'une partie de la propriété qu'elle avait prise comme sienne. Une vente judiciaire découlant d'une forclusion aurait entraîné une reddition de compte quant à son produit et aurait permis à la banque de poursuivre les co-débiteurs pour tout solde.

En agissant comme elle l'a fait à l'égard de la propriété du mari, puis en cherchant à présenter une preuve de créance hypothécaire dans les procédures de forclusion à l'égard de la propriété de l'épouse, la banque était illogique. Elle a choisi de renoncer à la dette en se mettant dans l'impossibilité de remettre toute la garantie fournie à cet égard.

Les Juges Judson et Pigeon, dissidents: En vendant une partie de la propriété hypothéquée du mari après l'ordonnance finale de forclusion, la banque ne peut être considérée comme ayant décidé d'accepter le montant qu'elle a réalisé en règlement de sa créance garantie par sa deuxième hypothèque. La banque n'a engagé aucune procédure en vertu de son hypothèque. Elle a été obligée de prendre une hypothèque antérieure à sa charge pour protéger sa deuxième hypothèque. Aucun précédent n'autorise l'application du principe énoncé dans *Gordon Grant & Co. v. F. L. Boos*, [1926] A.C. 781, à cette situation et, en fait, certains précédents s'y opposent très fortement. La banque pouvait faire la preuve de sa créance garantie par la propriété de l'épouse, en tenant compte de ce qu'elle a reçu.

Arrêt non suivi: *John Abell Engine & Machine Works Co. v. Porter* (1909), 12 W.L.R. 470. Arrêts mentionnés: *Davidson v. Sharpe* (1920), 60 R.C.S. 72; *Hall v. Heward* (1886), 32 Ch. D. 430; *Gee v. Liddell*, [1913] 2 Ch. 62; *Re Burrell* (1869), L.R. 7 Eq. 399; *Gordon Grant & Co. v. Boos* (précité);

145; *Geidlinger v. Kierans et al.*, [1967] 1 O.R. 217; *Isman v. Sinnott* (1920), 61 S.C.R. 1, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹, reversing a judgment of Pennell J. Appeal allowed, Judson and Pigeon JJ. dissenting.

F. H. Wood, for the appellant.

W. D. Chambers and *P. J. Evraire*, for the respondent.

The judgment of Judson and Pigeon JJ. was delivered by

JUDSON J. (*dissenting*)—The 1962 mortgage given by Paul Rushton and Norma Rushton to the Industrial Development Bank was a second mortgage on both the husband's property and the wife's property. In 1964, the first mortgagee of the husband's property issued a writ for foreclosure and the bank was compelled to redeem in order to protect its security. The bank took an assignment of this first mortgage and, in accordance with the rules of practice, completed the foreclosure of all subsequent interests. The final order of foreclosure reads:

that the defendants, Paul Rushton and Norma Rushton, Gordon James Wallace, The Toronto-Dominion Bank and The Ontario Workmen's Compensation Board do stand absolutely debarred and foreclosed of and from all right, title and equity of redemption of any and to the mortgage premises in the Writ of Summons herein.

In 1969 the bank sold part of the husband's property comprised in the mortgage.

In 1968, the first mortgagee on the wife's property began a foreclosure action against the wife's property. A subsequent encumbrancer, as he was entitled to do, demanded a sale. The bank now seeks to prove as a creditor in the Master's Office in these proceedings.

¹ [1971] 2 O.R. 413, 18 D.L.R. (3d) 129 (*sub nom. Esson v. Rushton et al.*).

Beatty v. Bailey (1912), 26 O.L.R. 145; *Geidlinger v. Kierans et al.*, [1967] 1 O.R. 217; *Isman v. Sinnott* (1920), 61 R.C.S. 1.

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario¹, infirmant un jugement du Juge Pennell. Appel accueilli, les Juges Judson et Pigeon étant dissidents.

F. H. Wood, pour l'appelante.

W. D. Chambers et *P. J. Evraire*, pour l'intimée.

Le jugement des Juges Judson et Pigeon a été rendu par

LE JUGE JUDSON (*dissident*)—L'hypothèque consentie en 1962 par Paul Rushton et Norma Rushton à la Banque d'expansion industrielle était une deuxième hypothèque sur les propriétés respectives du mari et de l'épouse. En 1964, le premier créancier hypothécaire de la propriété du mari a délivré un bref de forclusion et la banque a dû payer l'hypothèque pour protéger sa garantie. La banque est devenue détentrice de cette première hypothèque et, conformément aux règles de pratique, elle a procédé à la forclusion à l'égard de tous les intérêts subséquents. L'ordonnance finale de forclusion se lit comme suit:

[TRADUCTION] que les défendeurs, Paul Rushton et Norma Rushton, Gordon James Wallace, la Banque Toronto-Dominion et l'Ontario Workmen's Compensation Board se trouvent absolument dépourvus et forclos de tout droit, titre et droit de rachat quant aux immeubles hypothéqués dans le bref d'assignation en l'instance.

En 1969, la banque a vendu une partie de la propriété du mari comprise dans l'hypothèque.

En 1968, le premier créancier hypothécaire de la propriété de l'épouse a engagé des procédures de forclusion contre la propriété de l'épouse. Un créancier postérieur a exercé, comme il était autorisé à le faire, son droit d'exiger une vente. La banque cherche maintenant à justifier d'une créance devant le Master dans ces procédures.

¹ [1971] 2 O.R. 413, 18 D.L.R. (3d) 129 (*sub. nom. Esson v. Rushton et al.*).

On appeal from the Master, Pennell J. held that the bank should not be allowed to prove because it disposed of some of the husband's foreclosed property after the final order of foreclosure, having thereby lost its power to reconvey the husband's property payment in full of the debt. The Court of Appeal reversed this order and held that on the facts of this case, the principle enunciated in *Gordon Grant & Co. v. F. L. Boos*² did not apply. In my opinion they were correct in so doing.

In this case, by selling part of the husband's mortgaged property after the final order of foreclosure, the bank cannot be said to have elected to accept the amount realized in settlement of its debt on its second mortgage. The bank took no proceedings under its mortgage. It was compelled to take over a prior mortgage to protect its own second mortgage. An extension of the principle in *Grant v. Boos* with this situation has no authority behind it and some very strong authority against it.

In *Beatty v. Bailey*³, Beatty held a second mortgage on Bailey's property. The first mortgage was in default and the mortgaged property was not worth what was owing on the first mortgage. The first mortgagee was in a position to foreclose. In order to facilitate a sale and save expense, Beatty released his interest. It was held that he was entitled to sue upon the covenant in his second mortgage. The *ratio* of the judgment of Chancellor Boyd is in the following terms:

The release of the land by the second chargee was only to facilitate either the foreclosure or the sale of the property by the first mortgagee—as it appeared then that the land was not of value to satisfy even the first mortgage. *Had the land been foreclosed by the*

Dans l'appel interjeté contre la décision du Master, le Juge Pennell a statué que cette preuve devrait être interdite à la banque parce qu'elle a vendu une partie de la propriété du mari après l'ordonnance finale de forclusion, et qu'elle avait ainsi perdu son droit de rétrocéder la propriété du mari sur paiement entier de la dette. La Cour d'appel a infirmé cette ordonnance et a statué que, compte tenu des faits de l'espèce, le principe énoncé dans l'arrêt *Gordon Grant & Co. v. F.L. Boos*², ne s'appliquait pas. A mon avis, cette conclusion est juste.

En l'espèce, en vendant une partie de la propriété hypothéquée du mari après l'ordonnance finale de forclusion, la banque ne peut être considérée comme ayant décidé d'accepter le montant qu'elle a réalisé en règlement de sa créance garantie par sa deuxième hypothèque. La banque n'a engagé aucune procédure en vertu de son hypothèque. Elle a été obligée de prendre une hypothèque antérieure à sa charge pour protéger sa deuxième hypothèque. Aucun précédent n'autorise l'application du principe énoncé dans *Grant v. Boos* à cette situation et, en fait, certains précédents s'y opposent très fortement.

Dans l'arrêt *Beatty v. Bailey*³, Beatty détenait une deuxième hypothèque sur la propriété de Bailey. La première hypothèque était en souffrance et la valeur de la propriété hypothéquée était inférieure au montant de la dette garantie par la première hypothèque. Le premier créancier hypothécaire avait la faculté de faire prononcer la forclusion. Afin de faciliter la vente et d'éviter des dépenses, Beatty a abandonné son droit. On a statué qu'il avait le droit de fonder une poursuite sur l'engagement relatif à sa deuxième hypothèque. Le Chancelier Boyd a motivé l'arrêt dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Le deuxième créancier privilégié n'a abandonné son droit sur le bien-fonds que pour faciliter au premier créancier hypothécaire la forclusion ou la vente de la propriété—car il semblait alors que la valeur du bien-fonds n'était pas suffisante pour

² [1926] A.C. 781.

³ (1912), 26 O.L.R. 145, 3 D.L.R. 831.

² [1926] A.C. 781.

³ (1912), 26 O.L.R. 145, 3 D.L.R. 831.

first mortgagee, that change of the property would not have interfered with the right of the second mortgagee (who was not to blame) to sue upon the covenant. No doubt the rule is, that the mortgagee suing on a covenant in the mortgage must ordinarily be in a position to reconvey the land upon payment of what is due. But that does not necessarily apply to the case of a second mortgagee whose rights against the land have been extinguished by the act of the first mortgagee. The law is summarized in Coote thus, that the inability of the mortgagee to reconvey will not bar the right of action on the covenant if such inability arises from any default of the mortgagor: 7th ed., vol. 2, p. 982. The mortgagor's duty was, here, to pay off the first mortgage, and so prevent the exercise of the power of sale by which the equity of redemption was extinguished. I think the principles of decision acted on *In re Burrell, Burrell v. Smith* L.R. 7 Eq., 399, 466, apply to this case and go to invalidate the judgment pronounced by the learned County Court Judge.

The judgment of Middleton J. is brief and to the point. It is in the following terms:

I entirely agree with my Lord the Chancellor, and only desire to add a few words out of respect to the learned Judge whose decision we are reversing.

The right of the mortgagor, when sued upon a covenant, to demand a reconveyance of the mortgaged property, discussed in *Kinnaird v. Trollope* (1888), 39 Ch.D. 636, and the cases there cited, and the equitable right to restrain such action when the mortgagee has put it out of his power to convey, cannot, it seems to me, be invoked where the inability to reconvey arises from the default of the mortgagor himself. Here the non-payment of the first mortgage made the estate of the mortgagee absolute at law, and made the right of the plaintiff, as second mortgagee, liable to foreclosure in equity.

I do not think that the consent given by the plaintiff to the immediate exercise by the first mortgagee of his right to sell the lands operates to release the covenant. He has at most waived the taking of formal legal proceedings by the first mortgagee, which would

acquiescer même la première hypothèque. Si le premier créancier hypothécaire avait fait prononcer la forclusion à l'égard du bien-fonds, ce changement de propriété n'entraverait pas le droit du deuxième créancier (à qui on ne peut rien reprocher) de fonder une poursuite sur l'engagement. Nul doute que la règle veut que le créancier qui fonde une poursuite sur un engagement relatif à l'hypothèque soit ordinairement en mesure de rétrocéder le bien-fonds sur paiement de la dette. Mais cette règle ne s'applique pas nécessairement au cas d'un deuxième créancier dont les droits sur le bien-fonds ont été éteints par le fait du premier créancier. La règle de droit qui est résumée dans Coote prévoit que l'incapacité du créancier de rétrocéder n'empêchera pas de fonder le droit d'action sur l'engagement si pareille incapacité résulte de quelque défaillance du débiteur: 7^e éd., vol. 2, p. 982. Dans la présente affaire, l'obligation du débiteur était de payer la première hypothèque et aussi d'empêcher l'exercice du droit de vente par lequel le droit de rachat a été éteint. Je crois que les principes auxquels on a donné suite dans l'arrêt *In re Burrell, Burrell v. Smith* L.R. 7 Eq., 399, 466 s'appliquent à la présente affaire et ont pour effet d'invalidier le jugement prononcé par le savant juge de la Cour de comté.

Le jugement du Juge Middleton est bref et précis. Il se lit comme suit:

[TRADUCTION] Je suis entièrement d'accord avec le Lord Chancelier et je désire seulement ajouter quelques mots par respect pour le savant Juge dont nous infirmons la décision.

Le droit du débiteur, lorsqu'il est l'objet d'une poursuite sur un engagement, de demander une rétrocession de la propriété hypothéquée, sujet commenté dans l'arrêt *Kinnaird v. Trollope* (1888), 39 Ch. D. 636 et dans les arrêts qui y sont cités et le droit en equity d'empêcher une telle action lorsque le créancier s'est mis dans l'impossibilité de céder, ne peuvent, me semble-t-il, être invoqués lorsque l'incapacité de rétrocéder résulte de la défaillance du débiteur lui-même. Dans la présente affaire, le non-paiement de la première hypothèque a eu pour effet de donner au créancier un droit de propriété absolu et a rendu le droit du demandeur, en sa qualité de deuxième créancier, susceptible de faire l'objet d'une forclusion en equity.

Je ne crois pas qu'en laissant le premier créancier exercer immédiatement son droit de vendre les biens-fonds le demandeur ait renoncé à l'engagement. Il a tout au plus renoncé à exiger que le premier créancier prenne des procédures légales régulières qui n'avanta-

not be to the advantage of any one; and, moreover, in his waiver he has expressly reserved his rights against the mortgagor.

It is clear, to me at least, that the loss of the property was occasioned, not by the action of the plaintiff, but by the rights conferred upon the first mortgagee by his security, and by the default of the defendant himself. This brings the case within the principle enunciated in *In re Burrell, Burrell v. Smith*, L.R. 7 Eq. 399.

A recent illustration of the application of the principle in *Beatty v. Bailey* is to be found in *Geidlinger et al. v. Kierans et al.*⁴

In my opinion this judgment has direct application to the case at bar. The bank became involved in a foreclosure action by the first mortgagee. The choice was to let go its security or pay for an assignment of the first mortgage. The bank had to take the property because of the prior rights of the first mortgagee and the default of the defendant, Paul Rushton, himself. How can it be said in those circumstances that the bank elected to take the property in satisfaction of its debt on its second mortgage when it was compelled to lay out a further \$3,951.96 and take an assignment of the first mortgage to prevent its own foreclosure.

If there is any question of the bank's having elected after foreclosure to take the husband's property in satisfaction of the debt, the debt satisfied is \$3,951.96, the amount of the first mortgage. Its rights under the second mortgage were untouched in these foreclosure proceedings. My authority for that proposition is *Isman v. Sinnott*⁵, which affirmed, with a variation, the judgment of the Saskatchewan Court of Appeal⁶. In that case the mortgagee held a first and a third mortgage on the same property. That was the position of the bank in the case before us, when it took (under compulsion) an assignment of the first mortgage to protect its second

geraient personne; de plus, dans cette renonciation, il a expressément réservé ses droits contre le débiteur.

Il est clair, en ce qui me concerne du moins, que la perte de la propriété a résulté, non pas de l'action du demandeur, mais des droits conférés au premier créancier par sa garantie et de la défaillance du défendeur lui-même. Cette conclusion est conforme au principe énoncé dans *In re Burrell, Burrell v. Smith*, L.R. 7 Eq., 399.

Une application récente du principe énoncé dans *Beatty v. Bailey* se trouve dans l'arrêt *Geidlinger et al. v. Kierans et al.*⁴

A mon avis, ce dernier jugement s'applique de façon directe en l'espèce. La banque s'est trouvée engagée dans une action en forclusion intentée par le premier créancier. Elle avait le choix d'abandonner sa garantie ou de payer pour obtenir la cession de la première hypothèque. La banque a dû perdre la propriété en raison des droits prioritaires du premier créancier et de la défaillance du défendeur lui-même, Paul Rushton. Dans les circonstances, comment peut-on dire que la banque a décidé de prendre la propriété en acquittement de la dette relative à sa deuxième hypothèque quand elle a dû déboursier une somme supplémentaire de \$3,951.96 et se faire céder la première hypothèque pour empêcher sa propre forclusion.

S'il s'agit de savoir si la banque, après la forclusion, a pris la propriété du mari en acquittement de la dette, la dette acquittée est de \$3,951.96, soit la valeur de la première hypothèque. Ses droits en vertu de la deuxième hypothèque n'ont pas été touchés par les procédures de forclusion. Je fonde cette dernière opinion sur l'arrêt *Isman c. Sinnott*⁵, qui a confirmé, avec une modification, le jugement de la Cour d'appel de la Saskatchewan⁶. Dans cette dernière affaire, le créancier détenait une première et une troisième hypothèque sur la même propriété. En l'espèce, la banque s'est trouvée dans la même position quand elle a (obligatoirement)

⁴ [1967] 1 O.R. 217, 60 D.L.R. (2d) 32.

⁵ (1920), 61 S.C.R. 1.

⁶ [1919] 3 W.W.R. 719, 49 D.L.R. 238.

⁴ [1967] 1 O.R. 217, 60 D.L.R. (2d) 32.

⁵ (1920), 61 R.C.S. 1.

⁶ [1919] 3 W.W.R. 719, 49 D.L.R. 238.

mortgage. The intervening mortgage in the *Isman* case does not affect the problem. In the *Isman* case, the mortgagee instituted foreclosure proceedings in respect of the first mortgage, obtained a final order of foreclosure and subsequently sold the property. The mortgagor then sued for a declaration that both mortgages had been satisfied by the foreclosure sale and that he was entitled to a release of certain collateral security by the mortgagee. The Saskatchewan Court of Appeal was unanimous in rejecting this claim. It accepted the decisions in *Re Burrell*⁷; *John Abell Engine & Machine Works v. Porter*⁸, and *Beatty v. Bailey*, *supra*. I quote from the reasons of Haultain C.J.S.:

To adapt the language of Boyd, C., in *Beatty v. Bailey supra*, to the present case, the inability of the defendant *qua* third mortgage to reconvey does not bar the right of action on the covenant, if such inability arises from any default of the mortgagor Yandt. Yandt's duty was to pay off the first mortgage and so prevent foreclosure. The right of the defendant as first mortgagee was quite independent of and paramount to his right as third mortgagee, and the result of his exercise of that right, in consequence of Yandt's default, should not be available to Yandt as a defence to an action for an entirely distinct debt. For these reasons the third mortgage cannot be held to have been paid, and the plaintiff is therefore not entitled to have the Kamsack mortgage removed.

The judgment in this Court was to the same effect. The Court of Appeal had dismissed the action. This Court made a declaration that on payment of the amount due under the third mortgage, the collateral security would be released. It held that the first mortgage had been satisfied in full by the sale made after the foreclosure but that the mortgagee's inability to reconvey did not prevent his recovering on the third mortgage.

⁷ (1869), L.R. 7 Eq. 399.

⁸ (1909), 12 W.L.R. 470.

pris la première hypothèque pour protéger sa deuxième hypothèque. Dans l'affaire *Isman*, la deuxième hypothèque ne change rien à la question; le créancier a engagé des procédures de forclusion relativement à la première hypothèque, obtenu une ordonnance finale de forclusion et subséquemment vendu la propriété. Le débiteur a ensuite demandé un jugement déclarant que les deux hypothèques avaient été acquittées par la vente après forclusion et qu'il avait le droit de reprendre certaines garanties supplémentaires détenues par le créancier. La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté cette demande à l'unanimité. Elle s'est fondée sur les décisions rendues dans *Re Burrell*⁷; *John Abell Engine & Machine Works v. Porter*⁸, et *Beatty v. Bailey* (précitée). Je cite les motifs du Juge en chef Haultain:

[TRANSLATION] Pour appliquer les termes du chancelier Boyd, dans l'arrêt *Beatty v. Bailey*, précité, à la présente affaire, l'incapacité du défendeur, en sa qualité de troisième créancier, de rétrocéder, ne l'empêche pas d'intenter des poursuites fondées sur l'engagement si cette incapacité résulte d'une défaillance du débiteur Yandt. Yandt devait payer la première hypothèque pour empêcher la forclusion. Le droit du défendeur comme premier créancier était tout à fait indépendant de son droit comme troisième créancier et l'emportait sur ce droit: et le résultat de l'exercice de ce droit de la défaillance de Yandt, ne doit pas servir à Yandt de moyen de défense dans une action fondée sur une dette entièrement distincte. Pour ces motifs, la troisième hypothèque ne peut être considérée comme ayant été payée et le demandeur n'a donc pas le droit de faire radier l'hypothèque de Kamsack.

Cette Cour a tiré les mêmes conclusions dans son jugement. La Cour d'appel avait rejeté l'action. Cette Cour a déclaré que, sur paiement de la somme due en vertu de la troisième hypothèque, la garantie supplémentaire serait libérée. Elle a statué que la première hypothèque avait été acquittée en entier par la vente faite après la forclusion, mais que l'incapacité du créancier de rétrocéder ne l'empêchait pas de recouvrer sa créance en vertu de la troisième hypothèque.

⁷ (1869) L.R. 7 Eq. 399.

⁸ (1909), 12 W.L.R. 470.

I turn now to the position of the bank under the second mortgage on the wife's property. This property is now under a foreclosure action and a judicial sale has been asked for. All that the bank is seeking to do at this stage is to prove its claim against Norma Rushton. In this case, the bank holds separate mortgages on the two properties. The fact that they are included in one instrument makes no difference. Each property is charged with the payment of \$40,000 principal, plus interest. The covenant to pay is joint and several, as are all the other covenants. There is no apportionment between the two properties as to the extent of the charge in each property.

The bank has taken no proceedings against either husband or wife under its second mortgage. Its mortgage debt is still outstanding. It seeks to prove for this debt against the wife's property. In my opinion it may do so, giving credit for what it has received. The Court of Appeal sent the reference back to the Master on wide open terms with a direction to proceed on the basis that the bank should be required to account for the proceeds of any realization against the husband's property and that it was not precluded from completing such realization. I agree with this.

I would dismiss the appeal with costs.

The judgment of Hall, Spence and Laskin JJ. was delivered by

LASKIN J.—Paul Rushton and Norma Rushton are husband and wife who obtained a loan of \$40,000 in June 1972, from the Industrial Development Bank and as security joined in one mortgage to the bank (hereinafter referred to as IDB) of their respective lands. The husband owned 18 lots which were subject to a first mortgage in favour of Lymbird Lumber Co. Ltd. and the wife owned a parcel of land which was subject to a first mortgage in favour of Mabel Esson. Their mortgage of their equitable interests to IDB made them jointly and severally liable for the one debt, for which their respec-

J'aborde maintenant la position de la banque quant à la deuxième hypothèque sur la propriété de l'épouse. Cette propriété est maintenant l'objet d'une forclusion et d'une demande de vente judiciaire. A ce stade-ci des procédures, la banque cherche seulement à prouver sa réclamation contre Norma Rushton. En l'espèce, la banque détient des hypothèques distinctes sur les deux propriétés. Le fait qu'elles soient comprises dans un seul et même acte importe peu. Chaque propriété est grevée de la dette de \$40,000, plus l'intérêt. Tous les engagements sont solidaires, y compris celui de payer. Il n'y a aucune répartition entre les deux propriétés quant au montant des charges qui grèvent chaque propriété.

La banque n'a pas engagé de procédures contre le mari ni contre l'épouse en vertu de la deuxième hypothèque. La dette hypothécaire n'a pas encore été acquittée. Elle cherche à faire la preuve de sa créance garantie par la propriété de l'épouse. A mon avis, elle peut le faire, en tenant compte de ce qu'elle a reçu. La Cour d'appel a renvoyé l'affaire au Master en termes très larges, avec la directive de prendre en considération le fait que la banque devrait être tenue de rendre compte du produit de toute réalisation de la propriété du mari et qu'elle n'était pas empêchée d'exécuter pareille réalisation. Je souscris à cet avis.

Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

Le jugement des Juges Hall, Spence et Laskin a été rendu par

LE JUGE LASKIN:—Paul Rushton et Norma Rushton sont des conjoints qui ont obtenu, en juin 1962, un prêt de \$40,000 de la Banque d'expansion industrielle; à titre de garantie, ils ont grevé leurs terrains respectifs d'une même hypothèque en faveur de la banque (ci-après appelée BEI). Le mari possédait 18 lots grevés d'une première hypothèque en faveur de Lymbird Lumber Co. Ltd. et l'épouse possédait une parcelle grevée d'une première hypothèque en faveur de Mabel Esson. L'hypothèque qu'ils ont consentie à la BEI sur leurs droits en «equity» les rendait solidairement responsables de la

tive properties were charged, without apportionment, but subject to the right of IDB in its discretion to release any part or parts of the properties. The mortgagors had no right, however, to demand apportionment of the debt or the release of any part of the properties upon payment of some portion of the debt.

The Lymbird Lumber Co. Ltd. first mortgage, which was for \$2,825, went into default and foreclosure proceedings were taken in 1964, resulting in a judgment against Paul Rushton and his wife who had joined to bar dower. In the ensuing proceedings it appeared that Paul Rushton had filed notice of intention to redeem and that, in addition to IDB's second mortgage, the land was encumbered by two subsequent mortgages. The wife did not enter an appearance in the action nor file a notice of intention to redeem. IDB did, however, redeem as ranking first in priority, and, moreover, proceeded to a final order of foreclosure in 1966 when neither the subsequent encumbrancers nor Paul Rushton redeemed. In 1969, IDB sold 11 of the 18 lots for about \$20,000 net (according to an affidavit of IDB's solicitor), retaining 7 lots in its own right.

Prior to these sales, the Esson mortgage on Norma Rushton's property fell into default and foreclosure proceedings were taken against her, resulting in a judgment in August, 1968, subject to her right to redeem. The consequential proceedings showed that the property was subject to two mortgages subsequent to IDB's second mortgage and to the claim of a judgment creditor. One of the subsequent mortgagees requested a sale in accordance with the provisions and practice in that respect, and an order was made directing a sale instead of foreclosure. IDB filed a proof of claim on October 1, 1968, in the amount of \$67,641.13, but later affidavits of proof of October 20, 1969, and October 29, 1969, in the mortgage reference reduced the

dette unique, à la garantie de laquelle leurs propriétés respectives ont été affectées, sans répartition, mais sous réserve du droit de la BEI de dégrever à sa discrétion toute partie ou toutes parties des propriétés. Toutefois, les débiteurs hypothécaires n'avaient pas le droit d'exiger la répartition de la dette ou le dégrèvement de quelque partie que ce soit des propriétés sur paiement d'une partie de la dette.

Il y a eu défaillance à l'égard de la première hypothèque de la Lymbird Lumber Co. Ltd., qui s'élevait à la somme de \$2,825. Des procédures de forclusion ont été engagées en 1964 et un jugement contre Paul Rushton et son épouse, qui était intervenue pour empêcher le douaire, a été rendu. Il ressort des procédures subséquentes que Paul Rushton avait produit un avis d'intention d'exercer son droit de rachat et que, en plus de la deuxième hypothèque de la BEI, les biens-fonds étaient grevés de deux hypothèques postérieures. L'épouse n'a pas comparu dans l'action et n'a produit aucun avis d'intention d'exercer son droit de rachat. Toutefois, la BEI, en sa qualité de créancière prioritaire, a effectué le rachat et a de plus obtenu une ordonnance finale de forclusion en 1966, les créanciers subséquents et Paul Rushton n'ayant pas exercé leur droit de rachat. En 1969, la BEI a vendu 11 des 18 lots au prix net d'environ \$20,000 (selon la déclaration faite sous serment par l'avocat de la BEI), conservant la propriété de 7 lots.

Avant ces ventes, il y a eu défaillance dans le paiement de l'hypothèque de Esson sur la propriété de Norma Rushton; des procédures de forclusion ont été engagées contre celle-ci et un jugement a été rendu en août 1968, sous réserve de son droit de rachat. Des procédures ultérieures, il est ressorti que la propriété était grevée de deux hypothèques postérieures à la deuxième hypothèque de la BEI et d'une créance résultant d'un jugement. L'un des créanciers hypothécaires subséquents a demandé la vente, en conformité des dispositions et de la pratique à cet égard, et une ordonnance de vente au lieu d'une ordonnance de forclusion a été rendue. Le 1^{er} octobre 1968, la BEI a produit une preuve de créance au montant de \$67,641.13, mais dans

claim first to \$55,655.48 and then to \$53,161.97. When these affidavits were filed the 11 lots, above referred to, had already been sold.

Pennell J., before whom this case came on appeal from the Local Master's report, was of the view that the reduced claim reflected credit for the proceeds from the sale of the 11 lots. However, the Local Master's report fixed IDB's claim as totalling \$69,721.11, without compelling it to give any credit for the net proceeds of sale of the 11 lots or for the value of the remaining lots, and it also declared that IDB's realization upon Paul Rushton's property following the foreclosure did not amount to acceptance of the lands and the proceeds of sale as full satisfaction of the debt incurred by the spouses. This latter declaration is the issue in the appeal to this Court.

Pennell J. took a different view from that of the Local Master and held that IDB, by proceeding as it did in respect of the husband's lands, had lost its claim for the debt and hence could not prove in the foreclosure and sale proceedings upon the Esson mortgage. The Ontario Court of Appeal reversed, holding that IDB was not precluded from realizing upon its security, especially when it had made no attempt to enforce the covenant for payment in the Rushton mortgage; and it directed a new reference in which the Local Master was to account for the proceeds of realization of any part of the security under that mortgage. There is nothing in the reasons or formal order of the Court of Appeal as to the 7 lots still held by IDB at that time.

It was submitted by counsel for IDB that the only issue in this appeal is whether there was an amount owing to IDB. That, however, is an oversimplified position which neither Pennell J.

des déclarations subséquentes, faites sous serment et datées du 20 octobre 1969 et du 29 octobre 1969, qui ont été produites dans le renvoi concernant l'hypothèque, la réclamation a été réduite d'abord à \$55,655.48, puis à \$53,161.97. Lorsque ces déclarations ont été produites, les 11 lots dont il est ci-dessus fait mention avaient déjà été vendus.

Le Juge Pennell, qui a entendu l'appel porté contre le rapport du *Local Master* était d'avis que cette réduction représentait un crédit pour le produit de la vente des 11 lots. Toutefois, le rapport du *Local Master* fixait au montant total de \$69,721.11 la réclamation de la BEI, sans l'obliger à porter le produit net de la vente des 11 lots ou la valeur des lots restants au crédit du compte du débiteur; il y était également déclaré que la réalisation de la propriété de Paul Rushton après la forclusion ne signifiait pas que la BEI acceptait les biens-fonds et le produit de la vente à titre de paiement intégral de la dette contractée par les époux. Cette dernière déclaration est la question en jeu dans l'appel en cette Cour.

Le Juge Pennell n'a pas partagé l'avis du *Local Master* et a décidé que la BEI, en agissant comme elle l'a fait à l'égard des biens-fonds du mari, avait perdu son droit de créance et ne pouvait donc prouver aucune créance dans les procédures de forclusion et de vente quant à l'hypothèque de Esson. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé ce jugement, décidant que la BEI n'était pas empêchée de réaliser sa garantie, surtout lorsqu'elle n'avait pas tenté de faire exécuter l'engagement de payer dans l'hypothèque Rushton; elle a ordonné que l'affaire soit de nouveau renvoyée au *Local Master* pour qu'il calcule le produit de la réalisation de toute partie de la garantie en vertu de l'hypothèque. Ni les motifs ni l'ordonnance formelle de la Cour d'appel ne traitent des 7 lots que la BEI possédait encore à cette époque-là.

L'avocat de la BEI a soutenu que la seule question, dans le présent appel, est celle de savoir si la BEI a une créance. Toutefois, c'est là une position trop simplifiée que ni le Juge

nor the Court of Appeal accepted in the bare terms in which it was put. The issue, as I see it, is whether IDB is entitled to treat as two mortgages, in relation to foreclosure alone, without sale, what it had taken as one composite mortgage, under which there was no severance of the debt, or of the respective properties given to answer for the debt. Putting the matter another way, was the attempt of IDB to prove its claim in the Esson foreclosure action equivalent to a suit on the covenant in the Rushton mortgage or to a claim for a deficiency judgment for the balance of the debt secured by that mortgage, or was that a permissible pursuit of the debt against a part of the security?

I test the matter under well-recognized principles of mortgage law, applicable in Ontario, under which there has always been close regard for the rights of the mortgagor. Where a mortgagee forecloses upon mortgaged land, taking title, and then sells the land as its own, it cannot sue for the balance owing on the mortgage unless it is in a position to return the land: see *Davidson v. Sharp*⁹, at p. 82. The situation would be different if the mortgagee had exercised a power of sale under its mortgage or if it had sought a judicial sale in the foreclosure proceedings, thus obliging itself to give an accounting. Where, however, it proceeds to foreclosure only, a subsequent suit on the covenant for payment of the mortgage debt reopens the foreclosure and entitles the mortgagor to have the foreclosed property available to him as a condition of his liability. If it is not so available, the mortgagee is precluded from turning the matter into an accounting proceeding to enable it to sue for the debt when it cannot return the mortgaged land.

Pennell ni la Cour d'appel n'ont acceptée telle quelle. Selon moi, il s'agit de savoir si la BEI a le droit de considérer comme constituant deux hypothèques, uniquement en ce qui concerne la forclusion, sans vente, ce qu'elle a accepté sous la forme d'une hypothèque composite, celle-ci ne prévoyant aucune division de la dette ou des propriétés respectives fournies en garantie. En d'autres termes, il s'agit de savoir si en essayant de prouver sa créance dans les procédures de forclusion engagées par Esson, la BEI se trouvait à poursuivre sur l'engagement de payer dans l'hypothèque Rushton ou à demander un jugement ordonnant le paiement du solde de la dette garantie par cette hypothèque, ou s'il s'agissait d'une action admissible en paiement de dette fondée sur une partie de la garantie.

J'examinerai la question selon des principes bien connus du droit hypothécaire applicables en Ontario, en vertu desquels on a toujours tenu soigneusement compte des droits du débiteur hypothécaire. Lorsqu'un créancier hypothécaire procède à une forclusion à l'égard d'un bien-fonds hypothéqué, en prend les titres, puis vend le bien-fonds comme lui appartenant, il ne peut pas réclamer le solde dû sur l'hypothèque à moins qu'il lui soit possible de remettre le bien-fonds: voir *Davidson c. Sharpe*⁹, à la p. 82. La situation serait différente si le créancier hypothécaire avait exercé son pouvoir de vendre en vertu de son hypothèque ou s'il avait demandé une vente judiciaire dans les procédures de forclusion, s'obligeant ainsi à une reddition de compte. Toutefois, lorsqu'il s'en tient à la forclusion, une poursuite subséquente sur l'engagement de payer la dette hypothécaire remet en cause la forclusion et autorise le débiteur hypothécaire à exiger la disponibilité de la propriété saisie, comme condition de son obligation. S'il ne peut pas remettre la propriété, le créancier hypothécaire n'a pas le droit de transformer l'action en une procédure en reddition de compte de façon à poursuivre pour paiement de la dette alors qu'il ne peut pas remettre le bien-fonds hypothéqué.

⁹ (1920), 60 S.C.R. 72.

⁹ (1920), 60 R.C.S. 72.

The principle is the same where a mortgage by the mortgagor secures the mortgagee for the one debt with two parcels of land owned by the mortgagor and where the mortgagee forecloses upon one parcel only. Since, apart from contract to that effect (and there is no such contract here), a mortgagee can resist redemption of part of the security unless the whole is redeemed, the mortgagor correlatively is entitled to have all his security available if he is sued for the mortgage debt: see *Hall v. Heward*¹⁰. Hence, although the mortgagee may seek to foreclose upon the second parcel after having foreclosed upon the first, he must be in a position to return the first parcel as well as the second in proceeding with the second foreclosure.

No different principle commends itself to me simply because there are two co-mortgagors, each an owner of separate properties, both of which are subject to the one mortgage debt. Where redemption is in issue, a part owner of the equity is entitled and (apart from contract) may be compelled to redeem the whole, leaving the rights as between him and his co-owners to be worked out between them. The same situation, it seems to me, exists where a co-mortgagor under a single mortgage for an undivided debt seeks to redeem his separately owned property which has been mortgaged along with other property owned by his fellow mortgagor; he is entitled to or may be compelled to redeem all if he would redeem any. The fact that the right of redemption arises in foreclosure proceedings should not make any difference to the obligation of the mortgagee to have the whole security available for redemption by a mortgagor.

The problem in the present case was tangentially considered by Warrington J. in *Gee v. Liddell*¹¹, at p. 72 as follows:

¹⁰ (1886), 32 Ch. D. 430.

¹¹ [1913] 2 Ch. 62.

Le principe est le même lorsque deux parcelles de terrain appartenant au débiteur hypothécaire sont affectées à la garantie d'une même dette et que le créancier ne procède à la forclusion qu'à l'égard d'une parcelle seulement. Étant donné que, sauf contrat à cet effet (et en l'espèce il n'existe aucun contrat semblable), le créancier hypothécaire peut refuser de dégrever une partie de la garantie à moins que l'ensemble de la garantie ne soit rachetée, le débiteur hypothécaire, corrélativement, a le droit d'exiger la disponibilité de toute sa garantie si on le poursuit pour le montant de la dette hypothécaire: voir *Hall v. Heward*¹⁰. Ainsi, le créancier hypothécaire peut vouloir la forclusion pour la seconde parcelle après l'avoir obtenue pour la première, mais il doit être en mesure de remettre la première parcelle aussi bien que la seconde en procédant à la seconde forclusion.

Il ne me vient à l'esprit aucun autre principe qui s'appliquerait du seul fait qu'il existe deux co-débiteurs hypothécaires, chacun propriétaire de propriétés distinctes, toutes deux grevées de la même hypothèque. Lorsqu'il s'agit du rachat, le propriétaire d'une partie du droit en «equity» a le droit et (sauf contrat à cet égard) peut être obligé de racheter le tout, la question des droits entre les co-propriétaires devant être réglée entre eux. Il me semble que la même situation existe lorsqu'un co-débiteur hypothécaire en vertu d'une seule et même hypothèque garantissant une dette indivise cherche à racheter sa propre propriété, hypothéquée en même temps que la propriété de l'autre co-débiteur; il a le droit ou peut être obligé de racheter le tout s'il veut en racheter une partie. Le fait que ce droit de rachat est considéré dans des procédures de forclusion ne devrait rien changer à l'obligation du créancier hypothécaire de mettre toute la garantie à la disposition du débiteur hypothécaire qui veut exercer son droit de rachat.

Le problème dans la présente espèce a été considéré sommairement par le Juge Warrington dans l'affaire *Gee v. Liddell*¹¹, p. 72:

¹⁰ (1886), 32 Ch. D. 430.

¹¹ [1913] 2 Ch. 62.

Two persons mortgage in one deed their respective estates to secure an advance made to one of them, and the deed gives to each of them power to redeem, and it appears on the face of the deed that as between the two the estate of the person to whom the money is paid is to be primarily liable. Has not the person who joins in mortgaging his own estate by virtue of that deed itself an interest in the estate of the person to whom the money is advanced? In my opinion he has, and I think that the nature of his interest is a charge upon the estate of the principal debtor by way of indemnity for the purpose of enforcing against that estate the right which he has, as between himself and the principal debtor, to have that estate resorted to first for the payment of the debt. If it were not so, the result would be a startling one. The first mortgagee brings an action against his own mortgagor, and against the second mortgagee, whose mortgage includes what I may, though perhaps somewhat inaccurately, describe as a collateral security given by a person to whom the money under the second mortgage was not advanced. It may be that the second mortgagee is content to rely upon the collateral security and does not care to redeem the first mortgage, and it would be an extraordinary thing if the result were in his absence to destroy the right of indemnity which the owner of the collateral security has as against the property of the person to whom the money under the second mortgage was advanced. In my opinion, therefore, on principle a co-mortgagor must be held to have an interest in the property of his co-mortgagor, who by the mortgage deed is to be regarded as, and whose property is to be regarded as, primarily liable. The case, however, is not without authority, and the authority seems to me to be perfectly plain. It is a decision [*Stokes v. Clendon*] by the Master of the Rolls in the year 1790 and is reported in a note in 3 Swanston at p. 150 as follows: "The case was of a principal mortgagor, and another mortgagor of an estate as a collateral security. His Honor determined, that a bill of foreclosure against the principal only could not be sustained, without making the other mortgagor a party; because the other mortgagor has a right to redeem and be present at the account, to prevent the burthen ultimately falling on his own estate, or at least falling upon it to a larger amount than the first estate might be sufficient to satisfy: Ordered to stand over for want of parties." So far as I can see, that decision has been treated in all the text-books as an authority expressing the practice of the Court. The only suggestion against it is that there are dicta—there does not appear to be any absolute decision—shewing that a mere surety by

[TRANSLATION] Deux personnes hypothèquent dans un même acte leurs propriétés respectives pour garantir une avance faite à l'une d'elles; l'acte confère à chacune d'elles un pouvoir de rachat et il ressort de l'acte même qu'en ce qui concerne ces deux personnes, la propriété de celle à qui l'argent a été prêté doit être la première à être assujettie à l'obligation. La personne qui conjointement a hypothéqué sa propre propriété n'a-t-elle pas, en vertu de cet acte même un intérêt dans la propriété de la personne à qui l'argent a été avancé? A mon avis, elle en a un, et je crois que la nature de cet intérêt est une charge à titre de garantie sur la propriété du débiteur principal lui permettant d'exercer contre cette propriété le droit qu'elle a, vis-à-vis du débiteur principal, d'exiger qu'on recoure tout d'abord à la propriété de ce dernier pour le paiement de la dette. Si tel n'était pas le cas, le résultat serait étonnant. Le premier créancier hypothécaire intente une action contre son propre débiteur hypothécaire et contre le second créancier hypothécaire, dont l'hypothèque comprend ce que je peux décrire, quoique peut-être d'une façon inexacte, comme étant une garantie collatérale fournie par une personne à qui l'argent de la seconde hypothèque n'a pas été prêté. Il se peut que le second créancier hypothécaire se contente d'invoquer la garantie collatérale et ne tienne pas à racheter la première hypothèque; il serait bien étonnant qu'à défaut de celui-ci d'intervenir le propriétaire de la garantie collatérale perde le droit d'indemnisation qu'il a contre la propriété de la personne à qui l'argent, en vertu de la seconde hypothèque, a été avancé. A mon avis, par conséquent, il faut en principe reconnaître au co-débiteur un intérêt dans la propriété de son co-débiteur qui, en vertu de l'acte hypothécaire, doit être considéré, de même que sa propriété, comme étant assujetti en premier lieu à l'obligation. Toutefois, il existe à cet égard un précédent qui me semble parfaitement clair. Il s'agit d'une décision [*Stokes v. Clendon*] rendue par le maître des rôles en 1790; elle est publiée comme suit dans une note à 3 Swanston, p. 150: [TRANSLATION] «Il s'agissait d'un débiteur hypothécaire principal et d'un autre débiteur hypothécaire qui avait fourni sa propriété à titre de garantie collatérale. Son Honneur a décidé que la procédure de forclusion engagée uniquement contre le débiteur principal ne pouvait pas être accueillie sans que l'autre débiteur soit mis en cause parce que ce dernier jouit d'un droit de rachat et a le droit d'être présent à la reddition de compte pour empêcher que l'obligation retombe finalement sur sa propre propriété, ou du moins qu'elle grève sa propriété d'un montant plus important que celui que la première propriété peut

covenant who has paid nothing is not a necessary party to a foreclosure proceeding. I accept that proposition, but in my opinion there is a material distinction between a mere surety by covenant and a person who has joined as co-mortgagor. In my judgment a person who has joined as co-mortgagor in such a deed as this has from the moment when the deed is executed an interest in the estate of the principal mortgagor.

Of some assistance on underlying principle is the following statement in *Fisher and Lightwood's Law of Mortgage*, 8th ed. (1969), at p. 333:

If two properties are mortgaged, and the mortgagor afterwards mortgages the equity of redemption of one of them to a second mortgagee, and sells that of the other to a third person, the original mortgagee in foreclosing must bring forward both the second mortgagee and the purchaser; for he cannot foreclose either of the properties alone, each being equally liable to the debt. It is also incumbent on the mortgagee, where the equity of redemption has been sold in lots, to proceed against all the purchasers. The rule is the same where the mortgagee holds securities upon distinct properties, . . .

If the situation is as is described by Warrington J. in *Gee v. Liddell* in relation to property mortgaged as collateral security for a principal mortgage of other property, then it is *a fortiori* in relation to a mortgagor proper who has put his property under a single mortgage with that of a co-mortgagor for a single debt owing by both of them. That mortgagor is entitled to have the benefit of the entire security if called upon to pay the debt so as to be able to adjust accounts as between himself and his co-mortgagor. Thus it is that a mortgagee who forecloses on some of the property held as security cannot seek his money out of the other without being

rapporter: les procédures sont suspendues pour défaut de partie.» Pour autant que je puisse voir, cette décision a été considérée dans tous les ouvrages comme faisant autorité quant à la pratique du tribunal. La seule prétention à son encontre est qu'il y a des dicta—il me semble n'y avoir aucune décision absolue—montrant qu'un simple garant par engagement qui n'a rien payé n'est pas obligatoirement partie à une procédure de forclusion. J'accepte cette proposition, mais à mon avis, il existe une distinction importante entre un simple garant par engagement et une personne qui s'est engagée à titre de co-débiteur hypothécaire. A mon avis, celui qui s'engage à titre de co-débiteur hypothécaire dans un acte comme celui-ci, a, depuis le moment de la signature de l'acte, un intérêt dans la propriété du débiteur hypothécaire principal.

En ce qui concerne le principe fondamental, le commentaire suivant, tiré de l'ouvrage *Law of Mortgage de Fisher and Lightwood*, 8^e éd. (1969), p. 333, nous aide un peu:

[TRADUCTION] Si deux propriétés sont hypothéquées et si le débiteur hypothèque par la suite le droit de rachat de l'une d'elles en faveur d'un second créancier hypothécaire et vend le droit de rachat de l'autre parcelle à une troisième personne, le créancier initial, en procédant à la forclusion, doit mettre en cause tant le second créancier que l'acheteur, car il ne peut obtenir la forclusion à l'égard d'une seule des propriétés, chacune garantissant également la dette. Le créancier doit aussi, lorsque le droit de rachat a été vendu en lots, poursuivre tous les acheteurs. La règle est la même lorsque le créancier détient des garanties sur des propriétés distinctes, . . .

Si la situation est telle qu'elle est décrite par le Juge Warrington dans l'arrêt *Gee v. Liddell*, dans le cas d'une propriété hypothéquée à titre de garantie collatérale d'une hypothèque principale sur une autre propriété, *a fortiori*, il en est ainsi dans le cas d'un débiteur hypothécaire proprement dit dont la propriété et celle d'un co-débiteur sont grevées d'une seule et même hypothèque en garantie d'une dette que tous deux ont contractée. Ce débiteur hypothécaire a droit au bénéfice de toute la garantie s'il est appelé à payer la dette, de façon à pouvoir régler ses comptes avec son co-débiteur. Ainsi, un créancier qui obtient la forclusion pour une

able and ready to offer all the secured property to a mortgagor from whom the debt is sought.

There has been recognition of the mortgagee's right to proceed on the covenant despite previous foreclosure where he is unable to return the mortgaged security without fault of his own, as, for example, where it is a leasehold and the leasehold term has expired or where the freehold owner has properly retaken possession: see *Re Burrell*¹². Self-induced incapacity to return the mortgaged security, which is the case here, is another matter.

There is, finally, the point whether the mortgagee's position is any different where it has not itself taken foreclosure proceedings in respect of either the husband's property or the wife's property but has come into the respective foreclosure actions as a subsequent encumbrancer with a claim in each action against a different co-mortgagor. The spouses' joint and several liability for the mortgage debt did not affect the unity of the mortgage as securing one debt. The proper course for IDB to have taken in the Lymbird Lumber Co. Ltd. foreclosure proceedings was to have sought a sale in those proceedings rather than to have redeemed and then taken a final order of foreclosure, a step which was followed by sales of some of the property which it had taken as its own. A foreclosure sale, in judicial proceedings, would have resulted in an accounting of the proceeds, leaving IDB free to pursue the co-mortgagors for any balance owing.

By taking the course that it did in respect of the husband's property and then seeking to prove for the mortgage debt in the Esson foreclosure action, IDB was in an inconsistent position. It had made its election to forego the debt by disabling itself from restoring all the security given for that debt.

¹² (1869), L.R. 7 Eq. 399.

partie de la propriété détenue à titre de garantie ne peut chercher à se faire payer au moyen de l'autre partie, à moins d'être en mesure de fournir toute la propriété grevée au débiteur auquel il demande paiement.

On a reconnu le droit du créancier de poursuivre en vertu de l'engagement malgré une forclusion antérieure, lorsqu'il lui est impossible de remettre la garantie sans qu'il y ait faute de sa part, par exemple, lorsqu'il s'agit d'un bail arrivé à terme ou lorsque le propriétaire d'un fonds a repris possession en bonne et due forme: voir *Re Burrell*¹². L'incapacité de remettre la garantie résultant du fait du créancier, comme c'est le cas ici, est une autre question.

Finalement, il y a la question de savoir si est différente la situation du créancier hypothécaire qui n'a lui-même engagé aucune procédure de forclusion tant à l'égard de la propriété du mari qu'à l'égard de celle de l'épouse, mais qui est intervenu dans les procédures de forclusion en sa qualité de créancier subséquent ayant dans chaque action une réclamation contre un co-débiteur différent. L'obligation solidaire des époux à l'égard de la dette hypothécaire n'a pas influé sur l'unité de l'hypothèque destinée à garantir une seule dette. Dans les procédures de forclusion engagées par Lymbird Lumber Co., la BEI aurait dû demander la vente plutôt que d'exercer son droit de rachat et de demander ensuite une ordonnance finale de forclusion, mesure qui a été suivie par la vente d'une partie de la propriété qu'elle avait prise comme sienne. Une vente judiciaire découlant d'une forclusion aurait entraîné une reddition de compte quant à son produit et aurait permis à la BEI de poursuivre les co-débiteurs pour tout solde.

En agissant comme elle l'a fait à l'égard de la propriété du mari, puis en cherchant à présenter une preuve de créance hypothécaire dans les procédures de forclusion engagées par Esson, la BEI était illogique. Elle a choisi de renoncer à la dette en se mettant dans l'impossibilité de remettre toute la garantie fournie à cet égard.

¹² (1869), L.R. 7 Eq. 399.

The judgment of Mathers J. of the Manitoba Queen's Bench in *John Abell Engine & Machine Works Co. v. Porter*¹³ appears to be opposed to the conclusion to which I would come. It arose on a stated case which, so far as material, showed that a mortgagor had charged two separate parcels of land in favour of the plaintiff, one of which had been previously mortgaged to another. That other brought foreclosure proceedings in which the plaintiff appeared and in which it itself took a final foreclosure order after paying off the first mortgagee. It then sold the foreclosed land, and later sought to have the second parcel sold under its charge to satisfy the debt. Mathers J. held that the plaintiff's remedies against that parcel remained open notwithstanding the foreclosure and subsequent sale of the other parcel. I would not follow this decision because it is, in my opinion, at variance with my appreciation of underlying principle in this branch of the law.

I would allow this appeal, with costs here and in the Court of Appeal and restore the judgment of Pennell J.

Appeal allowed with costs, JUDSON and PIGEON JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Mendelson, Beatty & Wood, Toronto.

Solicitors for the respondent: Harries, Houser, Brown & McCallum, Toronto.

Le jugement rendu par le Juge Mathers de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba dans l'affaire *John Abell Engine & Machine Works Co. v. Porter*¹³ semble s'opposer à la conclusion à laquelle j'en arriverais. Il s'agissait d'un exposé de cause qui, en ce qui nous concerne ici, montrait qu'un débiteur hypothécaire avait grevé deux parcelles distinctes en faveur du demandeur, l'une de ces parcelles ayant déjà été hypothéquée en faveur d'un tiers. Ce tiers a engagé des procédures de forclusion dans lesquelles le demandeur a comparu et dans lesquelles il a lui-même obtenu une ordonnance finale de forclusion après avoir payé le premier créancier. Il a ensuite vendu le bien-fonds visé par la forclusion, et a par la suite demandé que la seconde parcelle soit vendue en vertu de sa garantie pour acquitter la dette. Le Juge Mathers a décidé que le recours du demandeur contre cette parcelle subsistait même si l'autre parcelle avait été vendue après forclusion. Je ne suivrais pas cette décision parce qu'à mon avis, elle n'est pas conforme à mon interprétation du principe fondamental applicable en la matière.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel, avec dépens en cette Cour et en Cour d'appel, et de rétablir le jugement du Juge Pennell.

Appel accueilli avec dépens, les JUGES JUDSON et PIGEON étant dissidents.

Procureurs de l'appelante: Mendelson, Beatty & Wood, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Harris, Houser, Brown & McCallum, Toronto.

¹³ (1909), 12 W.L.R. 470.

¹³ (1909), 12 W.L.R. 470.