

**Canadian Imperial Bank of
Commerce** *Appellant*

v.

Pax Management Ltd., Leader Investment Corp., Wesson Holdings Ltd., Thomas Anthony Bruce, Keith Wilfred Dixon, Jonathan Edmund Jones, Richard Gage Moody, Jack Jones Temple, William Gordon Watt, Gary Groves Westover, David Garth Wortman, Glen Donald Rost and Glenonne Holdings Ltd. *Respondents*

and

Rost Enterprises Ltd. *Respondent*

INDEXED AS: PAX MANAGEMENT LTD. v. CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE

File No.: 22194.

1992: March 26; 1992: September 24.

Present: La Forest, Sopinka, Cory, Stevenson* and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Guarantee — Discharge of surety — Creditor deceitful in obtaining guarantors' consent to appointment of receiver — Whether guarantors entitled to be discharged in absence of any prejudice to their interests.

Appeal — Role of court of appeal — Appellate court should not interfere with trial judge's findings of fact in absence of palpable and overriding error.

Appellant Bank financed the purchase of the shares of a company by the individual respondents' holding company. The loan agreement, and subsequent operating and capital loans made by the Bank, were guaranteed by the respondents. The Bank subsequently became concerned with the company's financial health and considered calling the loans. Before making a decision on whether to call the loan and appoint a receiver, the Bank retained a firm of chartered accountants to examine the

**Banque Canadienne Impériale de
Commerce** *Appelante*

c.

^a

Pax Management Ltd., Leader Investment Corp., Wesson Holdings Ltd., Thomas Anthony Bruce, Keith Wilfred Dixon, Jonathan Edmund Jones, Richard Gage Moody, Jack Jones Temple, William Gordon Watt, Gary Groves Westover, David Garth Wortman, Glen Donald Rost et Glenonne Holdings Ltd. *Intimés*

^c

et

Rost Enterprises Ltd. *Intimée*

^d

RÉPERTORIÉ: PAX MANAGEMENT LTD. c. BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE

Nº du greffe: 22194.

^e

1992: 26 mars; 1992: 24 septembre.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Cory, Stevenson* et Iacobucci.

^f

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Cautionnement — Libération de la caution — Conduite trompeuse du créancier dans l'obtention du consentement des cautions à la nomination d'un séquestre — Les cautions ont-elles le droit d'être libérées en l'absence de tout préjudice causé à leurs intérêts?

^g

Appeal — Rôle d'une cour d'appel — Une cour d'appel ne devrait pas modifier les conclusions de fait d'un juge de première instance en l'absence d'une erreur manifeste et dominante.

^h

La banque appelante a financé l'achat des actions d'une société par la société de portefeuille des personnes physiques intimées. Le contrat de prêt et les prêts d'exploitation et de capital consentis subséquemment par la banque ont été garantis par les intimés. La banque en est venue par la suite à s'inquiéter de la santé financière de la société et a envisagé de demander le remboursement des emprunts. Avant de déterminer s'il convenait de demander le remboursement des emprunts et de nommer

* Stevenson J. took no part in the judgment.

* Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

company's affairs. Although the Bank's intention was to ascertain whether to call the loans, the company was told by the Bank's representative that the investigation was to assist with the ongoing relationship between the company and the Bank. Before the accountants submitted their final report, the Bank made the decision to call the loans and to appoint a receiver. The company was insolvent at the time but the Bank was not aware of this. As the company was not in default of payment, and as the Bank had received legal advice that under the loan agreement the demand could not be justified unless the company was insolvent, the Bank sought the company's consent to a receivership. To induce the company's directors to sign the consent, the Bank's representative informed them that if they did not sign, the Bank would "commence proceedings the next day". In doing so, he misrepresented the Bank's intentions. The day after the consent was signed, the Bank served its demand for repayment of the loans, and the company was placed in receivership the next day. The respondents sued the Bank for wrongfully putting the company into receivership among other things. The Bank counterclaimed for the balance due on the loans and personal guarantees.

The Bank's counterclaim was allowed and the respondents' primary claims dismissed. The trial judge found that the Bank was deceitful in misleading the company as to the reason for the independent review of its finances and as to the Bank's intention to commence proceedings the next day if the consent for the appointment of a receiver was not signed. He held that the accountants' attendance at the company's office, without a valid consent, amounted to trespass and awarded damages. With respect to the receivership, he held the consent for the appointment of the receiver invalid because of the Bank's misrepresentations but did not conclude that the Bank's deceitful act entitled the respondents to be discharged from their guarantees. The trial judge found that, under the terms of the loan agreement, the company's insolvency entitled the Bank to call the loans, even though the Bank did not know that the company was insolvent at the time, and that the 24-hour notice to pay the loans was sufficient time in the circumstances. He concluded that the company could not have met the demand even if it had been given more

un séquestre, la banque a retenu les services d'un cabinet de comptables agréés pour examiner les affaires de la société. Quoique l'intention de la banque ait été de vérifier si elle devait demander le remboursement des emprunts, son représentant a dit à la société que cette démarche visait à aider la relation en cours entre la société et la banque. Avant que les comptables présentent leur rapport final, la banque a décidé de demander le remboursement des emprunts et de nommer un séquestre. La société était alors insolvable, mais la banque l'ignorait. Vu que la société n'avait pas cessé de rembourser son emprunt et que la banque avait reçu une opinion juridique l'informant que le contrat de prêt ne pouvait justifier une demande de remboursement à moins que la société ne soit insolvable, la banque a demandé à la société de consentir à une mise sous séquestre. Pour inciter les administrateurs de la société à signer le consentement, le représentant de la banque les a informés que s'ils ne signaient pas, la banque «engagerait des procédures le lendemain». Il a fait ainsi une déclaration inexacte quant aux intentions de la banque. Le lendemain de la signature du consentement, la banque a signifié à la société une demande de remboursement des emprunts et la société a été mise sous séquestre le lendemain. Les intimés ont poursuivi la banque en faisant valoir notamment qu'elle avait eu tort de mettre la société sous séquestre. La banque a réclaté, dans une demande reconventionnelle, le solde exigible en vertu des prêts et des cautionnements personnels.

La demande reconventionnelle de la banque a été accueillie et les demandes principales des intimés ont été rejetées. Le juge de première instance a conclu que la banque s'était conduite de façon trompeuse en induisant la société en erreur quant à la raison de l'examen indépendant de ses finances et quant à son intention d'engager des procédures le lendemain si le consentement à la nomination d'un séquestre n'était pas signé. Il a décidé qu'en l'absence de consentement valide, la présence des comptables au bureau de la société constituait une intrusion, et il a accordé des dommages-intérêts. Quant à la mise sous séquestre, il a jugé que le consentement à la nomination du séquestre était nul à cause des déclarations inexactes de la banque, mais il n'a pas conclu qu'en raison de la conduite trompeuse de celle-ci, les intimés avaient le droit d'être libérés de leurs cautionnements. Le juge de première instance a conclu que, suivant les modalités du contrat de prêt, la banque pouvait, en raison de l'insolvabilité de la société, demander le remboursement des sommes prêtées, même si elle ne savait pas que la société était insolvable à ce moment-là,

time, and that the rapid winding up of the company was in the best interests of the guarantors.

The Court of Appeal allowed respondents' appeal with respect to the Bank's claim against them on their guarantees. The court refused to interfere with the trial judge's findings of deceit and found that the two deceptions committed by the Bank had the effect of discharging the respondents from their obligations under their guarantees. The court also dismissed the respondents' claim for damages against the Bank, upholding the trial judge's finding that they had in fact suffered no damages from the receivership.

The Bank appealed and the respondents cross-appealed on the issue of damages for the Bank's deceit.

Held: The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

The Court must decline to reconsider the issue of deceit. The trial judge made two separate and specific findings of deceit against the Bank and both findings were the result of his assessment of the credibility of a number of witnesses. Since there was no palpable and overriding error on the findings of fact and the application of the principles of law governing the assessment of the evidence involved, the Court should not interfere with these findings.

As well, in light of the principles for appellate review, the Court should not interfere with the trial judge's findings that the notice period of 24 hours to pay after the Bank called the loans was a reasonable period of time in the circumstances. The trial judge also found that the respondents' liability on their guarantees was reduced by the early receivership. It is thus difficult to see any damage resulting from the immediate appointment of a receiver. Accordingly, the respondents' claim for damages must fail.

a et il a décidé que le délai de 24 heures accordé pour rembourser les prêts était suffisant dans les circonstances. Il a statué que la société n'aurait pas pu satisfaire à cette demande même si on lui avait accordé plus de temps, et qu'il était dans le meilleur intérêt des cautions qu'il y ait liquidation rapide de la société.

b La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par les intimés relativement à l'action fondée sur les cautionnements qu'ils avaient consentis, que la banque avait intentée contre eux. La cour a refusé de modifier les conclusions de conduite trompeuse tirées par le juge de première instance et a décidé que la conduite trompeuse adoptée à deux reprises par la banque avait pour effet de libérer les intimés des obligations qui leur incombaient en vertu de leurs cautionnements. La cour a également rejeté l'action en dommages-intérêts que les intimés avaient intentée contre la banque, confirmant la conclusion du juge de première instance voulant que la mise sous séquestre n'ait en fait causé aucun préjudice aux intimés.

c La banque a formé un pourvoi et les intimés ont formé un pourvoi incident sur la question des dommages-intérêts découlant de la conduite trompeuse de la banque.

e *Arrêt:* Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

f La Cour doit refuser de réexaminer la question de la tromperie. Le juge de première instance a, à deux occasions distinctes, conclu que la banque s'était rendue coupable de tromperie et, dans les deux cas, il l'a fait après avoir évalué la crédibilité d'un certain nombre de témoins. Étant donné qu'aucune erreur manifeste et dominante n'a été commise relativement aux conclusions de fait tirées et à l'application qui a été faite des principes de droit régissant l'appréciation de la preuve présentée, la Cour ne devrait pas modifier ces conclusions.

g De même, compte tenu des principes applicables au contrôle par un tribunal d'appel, la Cour ne devrait pas modifier les conclusions du juge de première instance selon lesquelles le délai de paiement de 24 heures accordé après que la banque eut demandé le remboursement des prêts était raisonnable dans les circonstances. Le juge de première instance a également conclu que la mise sous séquestre hâtive a eu pour effet de réduire la responsabilité assumée par les intimés aux termes de leurs cautionnements. Il est donc difficile de constater qu'un préjudice quelconque a résulté de la nomination immédiate d'un séquestre. L'action en dommages-intérêts des intimés doit donc échouer.

The respondents are not entitled to be discharged because of the misrepresentations made to them by the Bank in the absence of any prejudice to their interests. The passage in *Bank of India* relied on by the Court of Appeal to reach its conclusion does not in fact support the discharge of the respondents in this case. A review of the general case law on the discharge of a guarantor's liability resulting from the conduct of the creditor supports the need for some prejudice to the guarantors in order for them to be discharged. A guarantor's liability will generally be fully discharged if a materially different risk from that undertaken is imposed on a guarantor by reason of a variation or breach of the terms of the principal contract. Where the creditor breaches the principal contract but the breach does not prejudice the guarantor, the guarantor will not be discharged. Further, if the creditor impairs the value of the security held in respect of the guarantee, then the guarantor is entitled to be discharged to the extent of the prejudice which he suffers as a result of the loss of the security. Accordingly, a guarantor should not be discharged from the obligation which he has undertaken except by acts which have some impact on the magnitude or likelihood of the materialization of that risk. Other objectionable or wrongful conduct by the creditor towards the guarantor should be dealt with by causes of action that are otherwise appropriate. Here, the Bank made misrepresentations which led to a consent that, as a result of the company's insolvency, was superfluous, and which caused no prejudice to the guarantors. As such, the respondents should not be discharged from their guarantees.

Cases Cited

Distinguished: *Bank of India v. Trans Continental Commodity Merchants Ltd. & Patel*, [1982] 1 Lloyd's Rep. 506 (Q.B.), aff'd [1983] 2 Lloyd's Rep. 298 (C.A.); *Bank of Montreal v. Wilder*, [1986] 2 S.C.R. 551; **applied:** *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570; **referred to:** *Royal Bank of Canada v. Nobes* (1982), 49 N.S.R. (2d) 634; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *Ronald Elwyn Lister Ltd. v. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 726; *Mister Broadloom Corp. (1968) Ltd. v. Bank of Montreal* (1979), 25 O.R. (2d) 198; *Lee v. Jones* (1864), 17 C.B.N.S. 482, 144 E.R. 194; *Rose v. Aftenberger*, [1970] 1 O.R. 547; *Bank of Nova Scotia v. Ham*, [1986] 5 W.W.R. 249; *Rosemex Inc. v. Banque de Montréal*, [1990] R.J.Q. 344.

Les déclarations inexactes que la banque a faites aux intimés n'ont pas pour effet de les libérer en l'absence de tout préjudice causé à leurs intérêts. L'extrait de la décision *Bank of India* sur lequel se fonde la Cour d'appel pour arriver à sa conclusion ne justifie pas en fait la libération des intimés en l'espèce. Un examen de la jurisprudence générale relative à la libération d'une caution par suite de la conduite du créancier démontre qu'il est nécessaire que les cautions aient subi un préjudice quelconque pour qu'elles soient libérées. Une caution sera généralement complètement libérée si on lui impose un risque sensiblement différent de celui qu'elle a assumé, en modifiant ou en violant les conditions du contrat principal. La caution n'est pas libérée lorsque le créancier viole le contrat principal, mais que cette violation ne préjudicie pas à la caution. De plus, si le créancier réduit la valeur de la garantie détenue à l'égard du cautionnement, la caution a le droit d'être libérée dans la mesure du préjudice qu'elle subit par suite de la perte de garantie. Par conséquent, une caution ne devrait être libérée de l'obligation contractée que s'il y a eu perpétration d'actes ayant une incidence quelconque sur l'ampleur du risque assumé ou sur la probabilité qu'il se matérialise. Toute autre conduite inacceptable ou répréhensible du créancier envers la caution devrait être traitée au moyen de causes d'action par ailleurs appropriées. En l'espèce, la banque a fait des déclarations inexactes qui ont amené les intimés à donner un consentement que l'insolvabilité de la société rendait superflu et qui n'a causé aucun préjudice aux cautions. Ainsi, il n'y a pas lieu de libérer les intimés de leurs cautionnements.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts: *Bank of India c. Trans Continental Commodity Merchants Ltd. & Patel*, [1982] 1 Lloyd's Rep. 506 (Q.B.), conf. par [1983] 2 Lloyd's Rep. 298 (C.A.); *Banque de Montréal c. Wilder*, [1986] 2 R.C.S. 551; **arrêt appliqué:** *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; **arrêts mentionnés:** *Royal Bank of Canada c. Nobes* (1982), 49 N.S.R. (2d) 634; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *Ronald Elwyn Lister Ltd. c. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 726; *Mister Broadloom Corp. (1968) Ltd. c. Bank of Montreal* (1979), 25 O.R. (2d) 198; *Lee c. Jones* (1864), 17 C.B.N.S. 482, 144 E.R. 194; *Rose c. Aftenberger*, [1970] 1 O.R. 547; *Bank of Nova Scotia c. Ham*, [1986] 5 W.W.R. 249; *Rosemex Inc. c. Banque de Montréal*, [1990] R.J.Q. 344.

Authors Cited

McGuinness, Kevin Patrick. *The Law of Guarantee: A Treatise on Guarantee, Indemnity and the Standby Letter of Credit*. Toronto: Carswell, 1986.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 49 B.C.L.R. (2d) 195, 1 C.B.R. (3d) 1, 2 B.L.R. (2d) 81, setting aside a judgment of Spencer J. (1988), 1 C.B.R. (3d) 31 and 70, dismissing respondents' action for wrongful appointment of a receiver and granting appellant's counterclaim against the respondents. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

D. Ross Clark and Rhys Davies, for the appellant.

Richard R. Sugden, Q.C., and *Peter A. Spencer*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J.—This appeal raises the issue of whether a guarantor will be discharged because of misrepresentations made to the guarantor by the creditor in the absence of any prejudice to the interests of the guarantor.

I. Facts

In 1980, all of the individual respondents except Rost purchased 90 percent of the shares of Beaver Transport Ltd. ("Beaver"), through their holding company, the respondent, Pax Management Ltd. ("Pax"). Beaver was a trucking company located in Fort St. John, British Columbia. The individual respondents, except Rost and Wortman, were doctors who practised together. Wortman is their business manager and manager of Pax. Rost is the operations manager of Beaver. The respondents Leader Investment Corp. ("Leader") and Wesson Holdings Ltd. ("Wesson") were owned by Pax. The remaining 10 percent of Beaver's shares were purchased by the respondent Rost through his

Doctrine citée

McGuinness, Kevin Patrick. *The Law of Guarantee: A Treatise on Guarantee, Indemnity and the Standby Letter of Credit*. Toronto: Carswell, 1986.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 49 B.C.L.R. (2d) 195, 1 C.B.R. (3d) 1, 2 B.L.R. (2d) 81, qui a annulé une décision du juge Spencer (1988), 1 C.B.R. (3d) 31 et 70, qui avait rejeté l'action des intimés pour nomination injustifiée d'un séquestre et accueilli la demande reconventionnelle de l'appelante contre les intimés. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

D. Ross Clark et Rhys Davies, pour l'appelante.

Richard R. Sugden, c.r., et *Peter A. Spencer*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI—Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si des déclarations inexactes faites par le créancier à la caution ont pour effet de libérer cette dernière en l'absence de tout préjudice causé à ses intérêts.

I. Les faits

En 1980, toutes les personnes physiques intimées sauf Rost ont acheté 90 pour 100 des actions de Beaver Transport Ltd. («Beaver») par l'entremise de leur société de portefeuille, l'intimée Pax Management Ltd. («Pax»). Beaver était une entreprise de camionnage située à Fort St. John (Colombie-Britannique). Exception faite de Rost et de Wortman, les personnes physiques intimées étaient des médecins qui pratiquaient ensemble. Wortman est leur gérant d'affaires et gestionnaire de Pax. Rost est le directeur de l'exploitation de Beaver. Pour ce qui est des intimées Leader Investment Corp. («Leader») et Wesson Holdings Ltd. («Wesson»), il s'agissait de sociétés appartenant à Pax. Le 10 pour 100 restant des actions de Beaver avait été acheté par l'intimé Rost, par l'intermédiaire de

company, the respondent Glenonne Holdings Ltd. ("Glenonne").

The purchase of the shares was financed by the appellant, CIBC (the "Bank"). The loan agreement, and subsequent operating and capital loans made by the Bank, were structured as loans to Beaver with guarantees of its indebtedness by the respondents. The guarantees were general guarantees on the Bank's standard form providing for the guarantee of current and future liabilities to the Bank.

The Bank subsequently became concerned with the financial health of Beaver, and by 1983 was considering calling the loans. On March 1, 1983, Mr. Holford, the Fort St. John branch manager of the Bank, wrote to his regional office recommending that the loans be called and demand be made on the guarantees. The regional office referred the matter to the head office of the Bank in Toronto. The Bank's head office decided that it should have a firm of chartered accountants examine Beaver's affairs before making the decision to call the loans and appoint a receiver. The local branch of the Bank in Fort St. John was given the task of persuading Beaver to accept an independent review of its affairs. The assistant manager of the branch, Mr. Arthur, told Wortman that the reason for the investigation was to assist with the ongoing relationship between Beaver and the Bank. On that belief, Beaver agreed to the review and agreed to pay the investigation fees of approximately \$10,000. Mr. Meikle, of the accounting firm of Samson, Belair began conducting the review.

After Meikle had begun his investigation, but before he had submitted any formal report to the Bank, the Bank made the decision to call its loans and to appoint a receiver. The Bank made this decision on the basis of an initial oral report from Meikle that Beaver was in financial difficulty and also on the belief that, if a receiver was appointed at this time, any deficiency would be smaller than if the appointment was delayed since Beaver's receivables were at their highest point. Although

sa société, l'intimée Glenonne Holdings Ltd. («Glenonne»).

L'appelante, la Banque Canadienne Impériale de Commerce (la «banque»), avait financé cet achat d'actions. Le contrat de prêt et les prêts d'exploitation et de capital consentis subséquentement par la banque se présentaient sous la forme de prêts à Beaver, assortis de cautionnements de la part des intimés. Il s'agissait de cautionnements généraux, constatés sur une formule type de la banque, qui visaient les dettes actuelles et futures envers la banque.

La banque vint par la suite à s'inquiéter de la santé financière de Beaver et, en 1983, elle envisagea de demander le remboursement des emprunts. Le 1^{er} mars 1983, M. Holford, le directeur de la succursale de Fort St. John, dans une lettre au bureau régional de la banque, recommanda de procéder à la demande de remboursement des emprunts et à l'exécution des contrats de cautionnement. Le bureau régional renvoya la question au siège social de la banque, à Toronto, où il fut décidé de faire examiner les affaires de Beaver par un cabinet de comptables agréés, avant de déterminer s'il convenait de demander le remboursement des emprunts et de nommer un séquestre. La succursale de Fort St. John fut chargée de persuader Beaver de consentir à ce qu'on procède à un examen indépendant de ses affaires. Le directeur-adjoint de la succursale, M. Arthur, expliqua à Wortman que cette démarche visait à aider la relation en cours entre Beaver et la banque. Croyant que c'était le cas, Beaver acquiesça à l'examen et accepta d'en acquitter les frais qui étaient d'environ 10 000 \$. Monsieur Meikle, du cabinet Samson, Bélair commença l'examen.

Après que Meikle eut commencé son examen, mais avant qu'il ait soumis un rapport officiel à la banque, cette dernière décida de demander le remboursement des emprunts et de nommer un séquestre. La banque a pris cette décision en se fondant sur un premier rapport que lui avait fait oralement Meikle, selon lequel Beaver était en difficulté sur le plan financier, et aussi parce qu'elle croyait que si un séquestre était nommé à ce moment-là, tout déficit serait moindre que si la nomination était

Beaver was in fact insolvent at the time, the Bank did not know this. Beaver was not behind in its payments to the Bank. The Bank knew there were problems with the wording of its loan agreement which made it difficult to justify a demand for the loans if Beaver was not in fact insolvent. The crucial section of the contract between the Bank and Beaver was in the following language:

5. The Principal Sum, interest and any other moneys advanced by the Bank hereunder shall become immediately payable and the security taken by the Bank from the Companies shall become enforceable in each and every of the following events:

(d) if the Companies or either of them shall commit or threaten to commit any act of bankruptcy or shall become insolvent or shall make an assignment or proposal under the Bankruptcy Act or a general assignment in favour of their or its creditors or a bulk sale of their or its assets, or if a bankruptcy petition shall be filed or presented against the Companies or either of them; [Emphasis added.]

As Beaver was not in default of payment on the loan, and as the Bank had received legal advice that a demand could not be justified on the basis of the existing loan agreement, there being a question as to whether Beaver was actually insolvent, the Bank decided to seek Beaver's consent to a receivership.

The Bank's solicitors were instructed to prepare the following document which Meikle was to take to a meeting of all the shareholders on April 4, 1983:

We are writing on behalf of the members and directors of Beaver Transport Ltd., Pax Management Ltd., Leader Investment Corp. and Wesson Holdings Limited. As of March 31, 1983, we confirm that the direct principal indebtedness of Pax Management Ltd. stands at \$300,000.00 and the direct principal indebtedness of Beaver Transport Ltd. stands at \$1,700,495.00. We rec-

retardée étant donné que Beaver était au point où ses comptes débiteurs étaient les plus élevés. À ce moment, Beaver était, en fait, insolvable, mais la banque l'ignorait car Beaver n'accusait aucun retard dans ses paiements à la banque. La banque savait que le texte de son contrat de prêt posait des problèmes qui rendaient une demande de remboursement difficile à justifier si Beaver n'était pas effectivement insolvable. La clause fondamentale du contrat passé entre la banque et Beaver était ainsi rédigée:

[TRADUCTION] 5. Le capital, les intérêts et toute autre somme avancée par la banque en vertu du présent contrat deviennent immédiatement exigibles et la banque peut se prévaloir du cautionnement que lui ont consenti les sociétés si l'un ou l'autre des événements suivants se produit:

d) si les sociétés ou l'une d'entre elles commettent ou menacent de commettre un acte de faillite, deviennent insolubles, font une cession ou une proposition concordataire en vertu de la Loi sur la faillite, font une cession générale de leurs biens en faveur de leurs créanciers ou procèdent à une vente en bloc de leurs actifs, ou si une pétition en faillite est déposée ou présentée contre les Sociétés ou l'une d'entre elles; [Je souligne.]

Étant donné que Beaver n'avait pas cessé de rembourser son emprunt et que la banque avait reçu une opinion juridique l'informant que le contrat de prêt existant ne pouvait justifier une demande de remboursement parce que l'insolvabilité de Beaver n'était pas établie, la banque décida de demander à Beaver de consentir à une mise sous séquestre.

Les avocats de la banque se virent chargés de préparer le document suivant que Meikle devait apporter à une assemblée des actionnaires prévue pour le 4 avril 1983:

[TRADUCTION] Nous établissons le présent document au nom des membres et des administrateurs de Beaver Transport Ltd., de Pax Management Ltd., de Leader Investment Corp. et de Wesson Holdings Limited. Nous confirmons qu'en date du 31 mars 1983, le montant en capital de la dette directe de Pax Management Ltd. se chiffre à 300 000 \$ et que le montant en capital de la

ognize that if a demand for payment of these sums is made, we will be unable to satisfy it, either now or in the foreseeable future.

We acknowledge that Beaver Transport Ltd. and Pax Management Ltd. are insolvent, and that therefore we consent to the appointment, which may be contemplated by you to be made in the immediate future, of a receiver or receiver-manager under the terms of your debenture security with respect to the assets of any or all the issuers of the debentures. We also acknowledge that it would be pointless to delay the making of the appointment once demand for the repayment of your accounts has been made and we therefore waive any complaint we might have, if any, regarding the promptness of the appointment.

Beaver Transport Ltd.

Pax Management Ltd.

Although this document contained an acknowledgement that Beaver was insolvent, the subject of insolvency was not discussed at the shareholders' meeting. In convincing Beaver's directors (Drs. Dixon and Temple) to sign the consent and waiver, Holford emphasized the benefit to the guarantors of a speedy wind-up of the failing company and the immediate appointment of a receiver; i.e., such a course would reduce the guarantors' liability by ensuring that incoming accounts receivable would be applied directly to the principal loan with the Bank, which was the subject of the guarantee, rather than to pay trade and other unsecured creditors. On being asked by the directors as to the consequences of failing to sign the consent, Holford said that the Bank would "commence proceedings the next day".

On April 5, 1983, the Bank formally served its demand for repayment of the loan on Beaver. As a result, Beaver was placed in receivership on April 6 and its assets liquidated, leaving a balance in excess of \$1 000 000 owing to the Bank.

dette directe de Beaver Transport Ltd. est de 1 700 495 \$. Nous reconnaissons que si le paiement de ces sommes est demandé, nous serons incapables de l'effectuer, maintenant ou dans un avenir prévisible.

Nous reconnaissons que Beaver Transport Ltd. et Pax Management Ltd. sont insolvables. En conséquence, nous consentons, conformément aux débetures qui vous ont été données en garantie, à la nomination d'un séquestre ou d'un administrateur séquestre, nomination que vous pouvez envisager de faire sous peu, à l'égard des actifs de l'un ou de l'ensemble des émetteurs des débetures. Nous reconnaissons aussi qu'il ne servirait à rien de retarder la nomination une fois faite la demande de remboursement de vos prêts, et nous renonçons, en conséquence, à toutes doléances que nous pourrions avoir concernant la célérité de la nomination.

Beaver Transport Ltd.

Pax Management Ltd.

Même si ce document comportait une reconnaissance que Beaver était insolvable, la question de l'insolvabilité ne fut pas abordée à l'assemblée des actionnaires. Pour convaincre les administrateurs de Beaver (les Drs Dixon et Temple) de signer le consentement et la renonciation, Holford souligna l'avantage que comportaient, pour les cautions, la liquidation rapide de la société en déclin et la nomination immédiate d'un séquestre, à savoir qu'une telle ligne de conduite diminuerait la responsabilité des cautions en assurant que les comptes débiteurs perçus servent directement à rembourser le prêt principal contracté avec la banque et faisant l'objet du cautionnement, plutôt qu'à payer les fournisseurs et les autres créanciers non garantis. Interrogé par les administrateurs sur les conséquences de l'omission de signer le consentement, Holford répondit que la banque [TRADUCTION] «engagerait des procédures le lendemain».

Le 5 avril 1983, la banque signifia à Beaver une demande officielle de remboursement du prêt, ce qui entraîna la mise sous séquestre de la société le 6 avril et la liquidation de ses actifs, après quoi il restait encore plus d'un million de dollars à payer à la banque.

The respondents sued the Bank for, among other things, wrongfully putting Beaver into receivership. The Bank counterclaimed for the balance due on the loans and personal guarantees. The Bank's counterclaim was allowed by the trial judge and the primary claims of the respondents dismissed. The respondents' appeal from the judgment on the guarantees was allowed by the British Columbia Court of Appeal.

II. Judgments

A. *British Columbia Supreme Court* (1988),
1 C.B.R. (3d) 31

After a 38-day trial, Spencer J. delivered an exhaustive and carefully reasoned judgment. The learned trial judge held that the Bank's conduct had been deceitful, and that Beaver was entitled to damages as a result, but that the respondents were liable to the Bank on their guarantees. I will review only those parts of Spencer J.'s judgment (including a supplementary judgment (1988), 1 C.B.R. (3d) 70) which are germane to the present appeal.

Spencer J. held that Beaver had been misled by the Bank as to the reason for the independent review of its finances, and that the Bank's actions were deceitful (at p. 41):

The Fort St. John branch [of the Bank] was given the task of persuading Beaver to accept an independent review of its financial affairs. Mr. Arthur did that. In this case, I find that Mr. Wortman was misled about the reason why the bank wanted an independent accountant to investigate Beaver's affairs. He testified, and I accept, that Arthur told him the reason for the investigation was to assist with the ongoing relationship between Beaver and the bank. Mr. Arthur testified that the bank's reason for the investigation was to see if Beaver was viable and could continue in operation, but that was not what he told Wortman. This was at a time when Arthur knew the branch had recommended liquidation, and knew that his head office wanted to know what effect that would have on the rest of the connection before making its decision. It was deceitful of him to persuade Wortman to agree to an investigation of Beaver's affairs on the basis that it

Les intimés poursuivirent la banque en faisant valoir notamment qu'elle avait eu tort de mettre Beaver sous séquestre. La banque réclama, dans une demande reconventionnelle, le solde exigible en vertu des prêts et des cautionnements personnels. Le juge de première instance accueillit cette dernière demande et rejeta les demandes principales des intimés. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique accueillit l'appel interjeté par ces derniers contre la décision relative aux cautionnements.

II. Les jugements

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1988), 1 C.B.R. (3d) 31

Après 38 jours de procès, le juge Spencer a rendu une décision complète et soigneusement motivée. Il a jugé que la banque s'était conduite de façon trompeuse et que, par conséquent, Beaver avait droit à des dommages-intérêts, mais que les intimés étaient responsables envers la banque en vertu de leurs cautionnements. Je n'examinerai que les parties de la décision du juge Spencer (y compris un jugement supplémentaire (1988), 1 C.B.R. (3d) 70) qui se rapportent au présent pourvoi.

Le juge Spencer a conclu que la banque avait induit Beaver en erreur quant à la raison de l'examen indépendant des finances de l'entreprise et que les actes de la banque avaient été trompeurs (à la p. 41):

[TRADUCTION] La succursale de Fort St. John [de la banque] fut chargée de persuader Beaver de consentir à ce qu'on procède à un examen indépendant de sa situation financière. Monsieur Arthur obtint le consentement. En l'espèce, j'estime qu'on a trompé M. Wortman au sujet des raisons pour lesquelles la banque voulait qu'un comptable indépendant examine les affaires de Beaver. Ce dernier a témoigné que M. Arthur lui a expliqué que l'enquête avait pour but d'aider la relation en cours entre la banque et Beaver, ce que j'accepte. Monsieur Arthur a témoigné qu'en effectuant cette enquête la banque voulait savoir si Beaver était une entreprise viable qui pouvait continuer ses opérations, mais il a indiqué que ce n'était pas ce qu'il a dit à Wortman. Monsieur Arthur était au courant, à ce moment-là, de la recommandation de liquidation faite par la succursale et il savait que le siège social voulait connaître les consé-

was to assist with an ongoing relationship. [Emphasis added.]

As there was no valid consent to the review by the accountants, their attendance at Beaver's office amounted to a trespass. The trial judge awarded damages against the Bank in the amount of the fees paid by Beaver to the accounting firm which conducted the review.

The trial judge then turned to the question of the receivership. Under the terms of its contract with Beaver, one of the circumstances which entitled the Bank to call its loans was if Beaver was insolvent. The trial judge found as a fact that Beaver was insolvent on April 4, 1983, and that Beaver continued to be insolvent to and beyond April 6, 1983, when the receiver was appointed. However, the trial judge found that, at the time that the Bank called the loan, it did not know that Beaver was insolvent. The Bank called the loan because it was in its financial interest to do so (at pp. 45-46):

Beaver was insolvent, as I shall discuss later, but I find as a fact that the bank decided to call its loans and appoint a receiver not because of any insolvency, but because it could see Beaver was in financial difficulty and it foresaw, correctly, that Beaver's business cycle had led it to the point in time when its receivables were at their highest point and must [*sic*] be used, as they came into the company, to meet the accounts payable, which were also at a high point. The Fort St. John branch knew that Beaver's business and income would drop sharply during the spring break-up, and that historically it would not reach a high point again until the following winter. It foresaw, correctly in my opinion, that Beaver would have great difficulty in paying back the bank loan, which was not then in arrears, unless the full measure of its receivables were to be applied to it. . . . The bank knew that all Beaver's loan payments were up to date, and knew, from its solicitor's advice, that its

quences que cela aurait sur le reste de la relation avant de prendre une décision. Le fait de convaincre Wortman de consentir à un examen des affaires de Beaver pour le motif que cela aiderait une relation en cours constituait une tromperie de sa part. [Je souligne.]

Comme il n'existait pas de consentement valide à l'examen des comptables, leur présence au bureau de Beaver constituait une intrusion. Le juge de première instance a condamné la banque à payer des dommages-intérêts équivalant au montant des honoraires versés par Beaver au cabinet d'experts-comptables qui avait effectué l'examen.

Le juge de première instance a ensuite abordé la question de la mise sous séquestre. Aux termes du contrat passé avec Beaver, l'insolvabilité de cette dernière constituait l'une des circonstances qui permettaient à la banque de demander le remboursement de ses prêts. Le juge de première instance a constaté que Beaver était insolvable le 4 avril 1983 et qu'elle l'était toujours lorsque le séquestre a été nommé le 6 avril suivant, et par la suite. Il a cependant conclu qu'au moment où elle a demandé le remboursement des prêts, la banque ignorait que Beaver était insolvable. Elle a demandé le remboursement des prêts parce qu'il était dans son intérêt de le faire sur le plan financier (aux pp. 45 et 46):

[TRADUCTION] Comme nous le verrons plus loin, Beaver était insolvable, mais je constate que la banque a décidé de demander le remboursement de ses prêts et la nomination d'un séquestre non pas pour cette raison, mais parce qu'elle pouvait voir que Beaver éprouvait des difficultés financières et qu'elle avait prévu, correctement d'ailleurs, que l'entreprise se trouvait au point de son cycle financier où ses comptes débiteurs étaient les plus élevés et qu'ils devaient être utilisés, au fur et à mesure de leur perception, pour acquitter les comptes créditeurs qui étaient également élevés. La succursale de Fort St. John savait que les affaires et les revenus de Beaver diminueraient radicalement à l'arrivée du printemps pour ne remonter, ainsi que l'expérience l'avait démontré, que l'hiver suivant. Elle prévoyait, avec raison selon moi, qu'il serait très difficile à Beaver de rembourser le prêt bancaire, à l'égard duquel il n'y avait alors aucun arriéré, si elle n'appliquait pas la totalité de ses comptes débiteurs au remboursement. [. . .] La banque savait que Beaver était à jour dans ses remboursements de prêt, et son avocat l'avait informée que le texte de son contrat de prêt posait des problèmes qui

loan agreement had problems in its wording which made it difficult to justify a demand of the loan.

However, Spencer J. held that under the terms of the loan agreement, Beaver's insolvency entitled the Bank to call the loans, even though the Bank did not know that Beaver was insolvent at the time it called the loan (at p. 49):

I have found that the bank did not know Beaver to be insolvent when it called the loan but that it took action because of its assessment of Beaver's business risk. The question arises, can the bank rely on insolvency if it is later discovered. In my opinion it can. Paragraph 5(d) of the loan agreement [*supra*], Exhibit 1.12, gave the bank the right to call Beaver's loan and to appoint a receiver if it became insolvent in fact. It would not be a defence to the bank that it thought Beaver to be insolvent if in fact it was not. Honest belief in insolvency is no defence. The issue is to be judged objectively. The corollary is that even if the bank did not think Beaver to be insolvent and did not rely upon insolvency at the time, it may plead the fact of insolvency to justify calling the loan if that is later discovered.

Spencer J. held that the waiver signed by the directors at the April 4th meeting was invalid. Consequently, the Bank's attempt to have Beaver waive any complaint arising from the short period of time between the demand for payment and the appointment of the receiver was of no effect. Spencer J. found that the Bank's representative, Holford, had placed himself in a fiduciary relationship to the directors and to Beaver, by purporting to advise them as to their best business interests. Spencer J. further found that Holford was in breach of his fiduciary duty, and that this breach rendered the waiver invalid. Holford withheld information about the potential liability of the guarantors and about the likely cost of the receivership (at p. 55):

rendaient une demande de remboursement du prêt difficile à justifier.

Le juge Spencer a toutefois statué que, suivant les modalités du contrat de prêt, la banque pouvait, en raison de l'insolvabilité de Beaver, demander le remboursement des sommes prêtées, même si celle-ci ne savait pas que Beaver était insolvable au moment où elle a demandé ce remboursement (à la p. 49):

[TRADUCTION] J'en suis venu à la conclusion que la banque ne savait pas que Beaver était insolvable lorsqu'elle a demandé le remboursement du prêt, mais qu'elle a agi ainsi après avoir évalué le risque que Beaver présentait sur le plan commercial. Il convient alors de se demander si la banque peut invoquer l'insolvabilité découverte par la suite. Je suis d'avis qu'elle le peut. L'alinéa 5d) du contrat de prêt [précité], constituant la pièce 1.12, autorisait la banque à demander le remboursement du prêt consenti à Beaver et à nommer un séquestre si l'entreprise devenait effectivement insolvable. La banque ne pourrait pas invoquer comme moyen de défense qu'elle croyait que Beaver était insolvable alors qu'elle ne l'était pas. La croyance sincère qu'il y avait l'insolvabilité ne constitue pas un moyen de défense. Cette question doit être tranchée objectivement. Il s'ensuit que la banque peut invoquer l'insolvabilité découverte ultérieurement pour justifier sa demande de remboursement, même si elle ne pensait pas que Beaver était insolvable et n'avait pas agi pour ce motif à l'époque.

Le juge Spencer a déclaré nulle la renonciation signée par les administrateurs à l'assemblée du 4 avril. Par conséquent, la tentative de la banque d'obtenir que Beaver renonce à toute plainte découlant du bref intervalle entre la demande de remboursement et la nomination du séquestre était sans effet. Le juge Spencer a conclu qu'en prétendant conseiller les administrateurs et Beaver quant à leur meilleur intérêt sur le plan commercial, le représentant de la banque, Holford, avait engagé avec eux une relation fiduciaire. Il a jugé, en outre, que Holford avait manqué à son obligation fiduciaire et que ce manquement avait rendu nulle la renonciation. Holford a dissimulé des renseignements au sujet de la responsabilité potentielle des cautions et du coût probable de la mise sous séquestre (à la p. 55):

[Holford] did not explain the difficulty Beaver would have in carrying on business in the hands of a receiver, nor, I find, did he tell [the directors] the likely cost of a receivership. Meikle testified he did that, and that he warned the shareholders there might be as much as a \$600,000 deficiency facing them as guarantors. I find him to be mistaken. I reject both his and Holford's evidence on that score. I accept the evidence of the shareholders, particularly Drs. Temple, Moody, Watt and Jones, that they walked out of that meeting with a sense of relief that their exposure would probably be limited to about \$60,000. They had been given the bank's washdown sheet that said so.

Further, Holford lied about the Bank's intention to commence proceedings against Beaver the next day. This misrepresentation was relied upon by the directors who signed the consent and waiver form (at pp. 57-58):

When Dr. Dixon asked what would happen if they did not sign that evening, Holford replied to the effect that the bank would commence proceedings the next day. Dr. Dixon testified that he therefore remarked there was no point in refusing, and he and Dr. Temple accordingly signed. Others at the meeting confirm his recollection, and Holford belatedly admitted he spoke words to that effect. But Holford knew the decision for a receivership lay in Mr. Ellwood's hands at regional office, and that it rested upon the directors consenting. In saying that the bank would commence proceedings the next day, he knew he was lying. It was more than a misrepresentation of the future, it was clearly an implied misrepresentation of the bank's present intention, done to force the directors to sign. Drs. Dixon and Temple relied upon it. [Emphasis added.]

In summary, the consent form prepared by the Bank was invalid for all purposes, whether as an admission of insolvency and consent to a receiver or as a waiver of time to pay following the Bank's demand for payment of the loan.

[TRADUCTION] [Holford] n'a pas expliqué la difficulté qu'éprouverait Beaver à exploiter son entreprise lorsqu'elle serait sous séquestre, pas plus qu'il ne leur a révélé [aux administrateurs] le coût probable d'une mise sous séquestre. Meikle a témoigné l'avoir fait et avoir averti les actionnaires qu'ils pourraient, en leur qualité de cautions, devoir assumer jusqu'à 600 000 \$ de déficit. J'estime qu'il fait erreur. À cet égard, je ne retiens ni son témoignage ni celui de Holford. J'accepte les dépositions des actionnaires, particulièrement celles des Drs Temple, Moody, Watt et Jones, selon lesquelles ils sont sortis soulagés de cette assemblée, en pensant que leur responsabilité en qualité de caution se limiterait probablement à 60 000 \$ environ. Ils avaient reçu une estimation de la banque en ce sens.

De plus, Holford avait menti à propos de l'intention de la banque d'engager des procédures contre Beaver le lendemain. Les administrateurs se sont fondés sur cette déclaration inexacte pour signer la formule de consentement et de renonciation (aux pp. 57 et 58):

[TRADUCTION] Lorsque le Dr Dixon a demandé ce qui arriverait s'ils ne signaient pas ce soir-là, Holford a répondu que la banque engagerait des procédures le lendemain. Suivant le témoignage du Dr Dixon, celui-ci a donc fait remarquer qu'il ne servait à rien de refuser et, en conséquence, le Dr Temple et lui-même ont signé le document. Les autres personnes présentes à l'assemblée ont corroboré cette version des faits, et Holford a reconnu, un peu tard, avoir tenu des propos de ce genre. Mais Holford savait que la décision de mettre sous séquestre incombait à M. Ellwood, du bureau régional, et qu'elle dépendait du consentement des administrateurs. En disant que la banque engagerait des procédures le lendemain, il savait qu'il mentait. Cela constituait quelque chose de plus qu'une description inexacte de ce que réservait l'avenir. Il s'agissait nettement d'une déclaration inexacte implicite de l'intention actuelle de la banque, destinée à forcer les administrateurs à signer. Les Drs Dixon et Temple se sont fiés à cette déclaration. [Je souligne.]

Bref, la formule de consentement préparée par la banque était nulle à toutes fins, que ce soit comme aveu d'insolvabilité et comme consentement à la mise sous séquestre ou comme renonciation à un délai de paiement à la suite de la demande de remboursement du prêt de la banque.

In the absence of a valid waiver, the Bank's actions in calling the loan and appointing a receiver could only be justified if Beaver was in fact given the proper time to pay following the demand. After an exhaustive review of the authorities and the facts, Spencer J. concluded that 24 hours was sufficient time to pay in the circumstances. He relied on his finding that Beaver could not have met the demand even if it had been given a month (at p. 63):

Under all of those circumstances, I find that the lapse of time between the bank's demand, formally served on April 5, 1983, and the entry of the receiver into Beaver's business on April 6, 1983, was sufficient. A longer notice would have made no difference. . . .

Moreover, Spencer J. found that Beaver was bound to fail, and that the rapid winding up of Beaver was in the best interests of the guarantors (at p. 57):

But I think the advice to liquidate Beaver was good advice to the shareholders. Beaver, in my opinion, was bound to fail, probably before the summer. To fail sooner rather than later and apply the receivables to the bank's debt would, to that extent, save the directors and their other companies, Pax, Leader and Wesson, from some liability on their guarantees.

Spencer J. gave judgment against the corporate and personal guarantors (except for the respondents Rost, Rost Enterprises Ltd. and Glenonne whose liability was limited to \$100,000) for the net amount of Beaver's debt owing to the Bank.

B. British Columbia Court of Appeal (1990), 1 C.B.R. (3d) 1

The British Columbia Court of Appeal (Macdonald, Cumming and Hinds J.J.A.), unanimously allowed the respondents' appeal with respect to the Bank's claim against the respondents on their guarantees. Again, I will confine my review to

En l'absence de renonciation valide, les actes de la banque consistant à demander le remboursement du prêt et à nommer un séquestre ne pouvaient se justifier que si Beaver se voyait effectivement accorder un délai de paiement suffisant suite à la demande. Après avoir effectué un examen approfondi de la jurisprudence et des faits, le juge Spencer a conclu qu'un délai de paiement de 24 heures était suffisant dans les circonstances. Il s'est appuyé, en cela, sur sa conclusion voulant que Beaver n'aurait pas pu satisfaire à cette demande même si on lui avait accordé un délai d'un mois (à la p. 63):

[TRADUCTION] Compte tenu de toutes ces circonstances, j'estime que le délai qui s'est écoulé entre la signification en bonne et due forme de la demande de la banque, le 5 avril 1983, et la prise en main des affaires de Beaver par le séquestre le 6 avril suivant, était suffisant. Un préavis plus long n'aurait rien changé. . . .

Le juge Spencer a conclu en outre que Beaver était vouée à l'échec et qu'il était dans le meilleur intérêt des cautions qu'il y ait liquidation rapide de l'entreprise (à la p. 57):

[TRADUCTION] Je pense toutefois qu'il était judicieux de conseiller aux actionnaires de liquider Beaver. À mon avis, l'entreprise était vouée à l'échec et aurait probablement fermé ses portes avant l'été. Sa fermeture hâtive et l'emploi des comptes débiteurs pour rembourser le montant dû à la banque permettraient, dans cette mesure, de réduire la responsabilité assumée par les administrateurs et leurs autres sociétés, Pax, Leader et Wesson, en vertu de leurs cautionnements.

Le juge Spencer a condamné les cautions, tant les personnes morales que physiques (à l'exception des intimés Rost, Rost Enterprises Ltd. et Glenonne, dont la responsabilité était limitée à 100 000 \$) à payer le montant net dû à la banque par Beaver.

B. Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 1 C.B.R. (3d) 1

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Macdonald, Cumming et Hinds) a accueilli à l'unanimité l'appel interjeté par les intimés relativement à l'action fondée sur les cautionnements qu'ils avaient consentis, que la

those parts of the Court of Appeal's reasons which bear on the present appeal.

The Court of Appeal largely upheld the trial judge's findings. The Court of Appeal noted that the trial judge had made two findings of deceit against the Bank, and that it was not for an appellate court to interfere with such findings (at p. 18):

We intend no disrespect to Mr. Clark [counsel for the Bank] in declining to review his submissions in detail. The learned trial Judge made two separate and specific findings of deceit against officers of the bank. Both findings were the result of his assessment of the credibility of a number of witnesses. Such findings of fact are not to be disturbed by an appellate Court unless it be shown that some palpable or overriding error occurred. We can find none. The respondents in this argument seek to have this Court review the evidence at the trial, and substitute our assessment for that of the trial Judge. Such a course is not open to us. . . .

Nonetheless, the Court of Appeal allowed the appeal and dismissed the Bank's claim against the respondents on their guarantees of the liability of Beaver. The Court found that the two deceits committed by the Bank were "acts of bad faith and concealment amounting to misrepresentation" (p. 19), which had the effect of discharging the respondents from their obligations under their guarantees. The Court of Appeal relied on *Bank of India v. Trans Continental Commodity Merchants Ltd. & Patel*, [1982] 1 Lloyd's Rep. 506 (Q.B. Com. Ct.), (particularly the passage at p. 515) to support their conclusion.

The Court of Appeal declined to interfere with the finding of Spencer J. that there had been sufficient time to pay after the demand for payment had been made. The Court of Appeal upheld the finding of the trial judge that the respondents had in fact suffered no damages from the receivership,

banque avait intentée contre eux. Encore une fois, je restreindrai mon analyse aux parties de l'arrêt de la Cour d'appel qui se rapportent au présent pourvoi.

La Cour d'appel a, dans une large mesure, maintenu les conclusions du juge de première instance. Elle a souligné que ce dernier avait conclu à deux reprises que la banque avait eu une conduite trompeuse et qu'il n'appartenait pas à un tribunal d'appel de modifier ces conclusions (à la p. 18)

[TRADUCTION] Nous ne voulons pas manquer de respect envers M^e Clark [l'avocat de la banque] en refusant d'examiner en détail ses arguments. Le juge de première instance a, à deux occasions distinctes, conclu que des préposés de la banque s'étaient rendus coupables de tromperie. Dans les deux cas, il l'a fait après avoir évalué la crédibilité d'un certain nombre de témoins. Une cour d'appel ne saurait modifier de telles conclusions de fait, à moins qu'il ne soit établi qu'une erreur manifeste et dominante a été commise. Nous n'en voyons aucune. Les intimés cherchent, par cet argument, à obtenir de la cour qu'elle examine la preuve présentée au procès et qu'elle substitue son appréciation à celle du juge de première instance, ce qu'il ne nous est pas loisible de faire. . . .

La Cour d'appel a néanmoins accueilli l'appel et rejeté l'action de la banque contre les intimés, fondée sur les cautionnements qu'ils avaient consentis à l'égard de la dette de Beaver. La cour a jugé que la conduite trompeuse adoptée à deux reprises par la banque consistait en des [TRADUCTION] «actes de mauvaise foi et de dissimulation équivalant à des déclarations inexactes» (p. 19), ce qui avait pour effet de libérer les intimés des obligations qui leur incombaient en vertu de leurs cautionnements. À l'appui de sa conclusion, la Cour d'appel a cité la décision *Bank of India c. Trans Continental Commodity Merchants Ltd. & Patel*, [1982] 1 Lloyd's Rep. 506 (Q.B. Com. Ct.), et en particulier le passage qui se trouve à la p. 515.

La Cour d'appel a refusé de modifier la conclusion du juge Spencer selon laquelle on avait disposé de suffisamment de temps pour payer après que la demande de remboursement eut été faite. Elle a également maintenu la conclusion du juge de première instance voulant que la mise sous

given that "as a result of consenting to the receivership the guarantors minimized their exposure and Beaver ended its ongoing loss" (p. 20). Therefore the claim for damages against the Bank on this ground failed.

The Bank sought and was granted leave to appeal from the judgment of the Court of Appeal. The respondents sought and were granted leave to cross-appeal on the issue of damages for the Bank's deceit.

III. Issues

A. *Issues on the Appeal*

1. Whether the learned trial judge and the Court of Appeal erred in finding that the Bank had been deceitful when its officer told the respondents that, if the consent form were not signed, the Bank would commence proceedings the next day.
2. Whether the Court of Appeal erred in holding that the effect of the deceitful acts was to discharge the guarantors in the absence of any prejudice to the guarantors.

B. *Issue on the Cross-appeal*

Whether the learned trial judge and the Court of Appeal erred, in light of the improperly obtained consent and waiver, in finding that there was a reasonable period of time given for repayment of the loan before a receiver was appointed and in therefore holding no claim for damages exists.

IV. Analysis

I am of the opinion that the appeal should be allowed, and the cross-appeal dismissed. Briefly put, I agree with the courts below that there was deceit by the Bank but disagree with the Court of

séquestre n'ait en fait causé aucun préjudice aux intimés, étant donné que [TRADUCTION] «le consentement à la mise sous séquestre avait eu pour effet de réduire le risque assumé par les cautions et de mettre fin à la perte que subissait alors Beaver» (p. 20). Elle a conséquemment rejeté l'action en dommages-intérêts contre la banque, fondée sur ce motif.

La banque a demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel. Les intimés ont demandé et obtenu l'autorisation de former un pourvoi incident sur la question des dommages-intérêts découlant de la conduite trompeuse de la banque.

III. Les questions

a A. *Les questions soulevées dans le pourvoi*

1. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont-ils commis une erreur en statuant que la banque s'était rendue coupable de tromperie lorsque son préposé avait dit aux intimés que s'ils ne signaient pas la formule de consentement, la banque engagerait des procédures le lendemain?
2. La Cour d'appel a-t-elle conclu à tort que les actes trompeurs avaient pour effet de libérer les cautions en l'absence de tout préjudice causé à celles-ci?

g B. *La question soulevée dans le pourvoi incident*

Le juge de première instance et la Cour d'appel ont-ils commis une erreur, compte tenu de l'obtention irrégulière du consentement et de la renonciation, en jugeant que le délai accordé pour rembourser le prêt avant la nomination d'un séquestre était raisonnable et, par conséquent, que la demande de dommages-intérêts n'était pas fondée?

IV. Analyse

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter le pourvoi incident. En résumé, je suis d'accord avec les tribunaux d'instance inférieure pour dire qu'il y a eu tromperie de la part de la banque mais,

Appeal that the effect of the deceit was to discharge the guarantors.

I will deal first with the question of deceit, which is raised as the first issue on the appeal, and also on the cross-appeal, as I am of the view that this issue can and should be quickly disposed of. I will then go on to consider the question of the discharge of the guarantors.

A. Deceit

Counsel for the Bank made a valiant attempt in argument to encourage us to reconsider the issue of deceit. However, I would not interfere with the trial judge's findings of fact, upheld by the Court of Appeal, on this issue. I would adopt the following passage from the judgment of the Court of Appeal (at p. 18):

The learned trial Judge made two separate and specific findings of deceit against officers of the bank. Both findings were the result of his assessment of the credibility of a number of witnesses. Such findings of fact are not to be disturbed by an appellate Court unless it be shown that some palpable or overriding error occurred. We can find none. The respondents in this argument seek to have this Court review the evidence at the trial, and substitute our assessment for that of the trial Judge. Such a course is not open to us. . . .

This Court has indicated on numerous occasions that an appellate court should not interfere with findings of fact in the absence of some palpable and overriding error. As we said recently in *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570, at p. 574:

... the rule is that an appellate court should not reverse the trial judge in the absence of palpable and overriding error which affected his or her assessment of the facts; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2. The rule is all the stronger in the face

contrairement à la Cour d'appel, je ne pense pas que cette tromperie a eu pour effet de libérer les cautions.

J'examinerai d'abord la question de la tromperie qui est le premier point soulevé dans le pourvoi et dont il est également question dans le pourvoi incident, car j'estime qu'elle peut et doit être réglée rapidement. J'examinerai ensuite la question de la libération des cautions.

A. La tromperie

Dans sa plaidoirie, l'avocat de la banque nous a incités avec ardeur à réexaminer la question de la tromperie. Je suis toutefois d'avis de ne pas toucher aux conclusions de fait que le juge de première instance a tirées sur ce point et qui ont été maintenues par la Cour d'appel. J'adopte le passage suivant de l'arrêt de la Cour d'appel (à la p. 18):

[TRADUCTION] Le juge de première instance a, à deux occasions distinctes, conclu que des préposés de la banque s'étaient rendus coupables de tromperie. Dans les deux cas, il l'a fait après avoir évalué la crédibilité d'un certain nombre de témoins. Une cour d'appel ne saurait modifier de telles conclusions de fait, à moins qu'il ne soit établi qu'une erreur manifeste et dominante a été commise. Nous n'en voyons aucune. Les intimés cherchent, par cet argument, à obtenir de la cour qu'elle examine la preuve présentée au procès et qu'elle substitue son appréciation à celle du juge de première instance, ce qu'il ne nous est pas loisible de faire. . .

Notre Cour a indiqué à maintes reprises qu'une cour d'appel ne devrait pas modifier des conclusions de fait en l'absence d'une erreur manifeste et dominante. Comme elle l'affirmait tout récemment dans l'arrêt *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, aux pp. 574 et 575:

... la règle veut qu'un tribunal d'appel n'infirme pas la décision du juge de première instance en l'absence d'une erreur manifeste et prépondérante qui ait influé sur son appréciation des faits; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2. La règle a d'autant plus de force en présence de conclusions concourantes de deux cours d'instance infé-

of concurrent findings of both courts below. [See also *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351.]

I am in complete agreement with the Court of Appeal that there was no palpable and overriding error in this case on the finding of facts and the application of the principles of law governing the assessment of the evidence involved.

On the cross-appeal, the respondents argued that the trial judge and the Court of Appeal erred in not awarding damages for the Bank's deceit, since the deceit denied Beaver the opportunity of a reasonable time to pay after the Bank called the loans. The trial judge found that the notice period of 24 hours was sufficient based on the relevant factors prescribed by the authorities on the issue, including *Ronald Elwyn Lister Ltd. v. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 726, and *Mister Broadloom Corp. (1968) Ltd. v. Bank of Montreal* (1979), 25 O.R. (2d) 198 (H.C.). Moreover, the trial judge found that the respondents' liability on their guarantees was reduced by the early receivership of Beaver so it is difficult to see any damage resulting from the immediate appointment of a receiver assuming the demand to be invalid because it was tainted by the deceitfully obtained consent. The Court of Appeal declined to interfere with either of these findings. I agree with the Court of Appeal that it is inappropriate to interfere with the trial judge's findings in light of the principles for appellate review which I have just set out. Consequently, the cross-appeal should be dismissed.

B. Discharge of the Guarantors

In holding that the guarantors should be discharged, the Court of Appeal relied on this passage of Bingham J. in *Bank of India, supra*, at p. 515, aff'd [1983] 2 Lloyd's Rep. 298 (C.A.):

rieure. [Voir aussi *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351.]

Je suis entièrement d'accord avec la Cour d'appel pour dire qu'aucune erreur manifeste et dominante n'a été commise en l'espèce relativement aux conclusions de fait tirées et à l'application qui a été faite des principes de droit régissant l'appréciation de la preuve présentée.

Dans leur pourvoi incident, les intimés soutiennent que le juge de première instance et la Cour d'appel ont commis une erreur en n'accordant pas des dommages-intérêts pour la conduite trompeuse de la banque, étant donné que cette conduite trompeuse a eu pour effet d'empêcher Beaver de disposer d'un délai de paiement raisonnable après que la banque eut demandé le remboursement des prêts. Le juge de première instance a décidé que le préavis de 24 heures était suffisant compte tenu des facteurs pertinents prescrits par la jurisprudence en la matière, dont l'arrêt *Ronald Elwyn Lister Ltd. c. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 726, et la décision *Mister Broadloom Corp. (1968) Ltd. c. Bank of Montreal* (1979), 25 O.R. (2d) 198 (H.C.). Il a en outre conclu que la mise sous séquestre hâtive de Beaver a eu pour effet de réduire la responsabilité assumée par les intimés aux termes de leurs cautionnements, de sorte qu'il est difficile de constater qu'un préjudice quelconque a résulté de la nomination immédiate d'un séquestre, en supposant que l'obtention du consentement par la tromperie a rendu nulle la demande de remboursement. La Cour d'appel a refusé de modifier l'une ou l'autre de ces conclusions. Compte tenu des principes que je viens d'exposer à l'égard du contrôle par un tribunal d'appel, je partage l'avis de la Cour d'appel qu'il ne convient pas de modifier les conclusions du juge de première instance. En conséquence, le pourvoi incident est rejeté.

i B. La libération des cautions

En statuant qu'il y avait lieu de libérer les cautions, la Cour d'appel a invoqué l'extrait suivant des motifs du juge Bingham dans la décision *Bank of India*, précitée, à la p. 515, conf. par [1983] 2 Lloyd's Rep. 298 (C.A.):

Leaving aside what may be the special case of fidelity guarantees, I consider the true principle to be that while *a surety is discharged if the creditor acts in bad faith towards him or is guilty of concealment amounting to misrepresentation* or causes or connives at the default by the principal debtor in respect of which the guarantee is given or varies the terms of the contract between him and the principal debtor in a way which could prejudice the interests of the surety, other conduct on the part of the creditor, not having these features, even if irregular, and even if prejudicial to the interests of the surety in a general sense, does not discharge the surety. [Emphasis added by the British Columbia Court of Appeal.]

This same passage was quoted with approval by Wilson J. in *Bank of Montreal v. Wilder*, [1986] 2 S.C.R. 551, at p. 567.

In my view, neither *Bank of India* nor *Wilder* support the conclusion of the Court of Appeal in the case at bar that, once there is a misrepresentation by the creditor, it is not necessary for there to be any prejudice, actual or potential, to the guarantors for them to be discharged. I find this especially so when one views these decisions in the light of the case law on the discharge of a guarantor's liability resulting from the conduct of the creditor.

With respect to *Bank of India*, looking at the judgment of Bingham J. as a whole, it is clear that, in the emphasized passage of the quotation above, Bingham J. was referring to concealment amounting to misrepresentations at the formation of the contract of guarantee. Bingham J. was not concerned with misrepresentations by the creditor subsequent to the formation of the contract. On the page previous to that from which the quotation in question is taken, Bingham J. said this about misrepresentations by the creditor (at p. 514):

Certain principles are well-established. . . . Non-disclosure at the time when the guarantee is given of facts potentially prejudicial to the surety may be held to amount to and to have the consequences of misrepresentation. (*Lee v. Jones*, (1864) 17 C.B.N.S. 482). [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Si on laisse de côté ce qui peut être le cas spécial des assurances de cautionnement, je considère que le principe véritable qu'il faut appliquer est celui qui veut que, bien qu'une caution soit libérée si le créancier agit de mauvaise foi envers elle ou est coupable de dissimulation qui équivaut à une déclaration inexacte ou cause ou contribue à causer le défaut du débiteur principal à l'égard duquel la caution est donnée ou modifie les conditions d'un contrat entre lui et le débiteur principal d'une manière qui pourrait nuire aux intérêts de la caution, une autre conduite de la part du créancier qui n'a pas ces caractéristiques, même si elle est irrégulière et même si elle nuit aux intérêts de la caution dans un sens général, n'a pas pour effet de libérer la caution. [Les italiques sont de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.]

Le même passage est cité et approuvé par le juge Wilson dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Wilder*, [1986] 2 R.C.S. 551, à la p. 567.

À mon avis, ni la décision *Bank of India* ni l'arrêt *Wilder* n'appuient la conclusion tirée par la Cour d'appel en l'espèce, à savoir que du moment que le créancier fait une déclaration inexacte, il n'est pas nécessaire que les cautions aient subi ou risquent de subir un préjudice pour qu'elles soient libérées. Cela est particulièrement vrai si on considère ces décisions à la lumière de la jurisprudence relative à la libération d'une caution par suite de la conduite du créancier.

En ce qui concerne la décision *Bank of India*, il ressort clairement de l'ensemble des motifs du juge Bingham que, dans le passage souligné de l'extrait précité, il était question d'actes de dissimulation équivalant à des déclarations inexactes commis au moment de la formation du contrat de cautionnement. Le juge Bingham ne s'intéressait pas à des déclarations inexactes faites par le créancier après la formation du contrat. À la page qui précède celle d'où provient l'extrait en question, le juge Bingham affirme ceci au sujet des déclarations inexactes faites par le créancier (à la p. 514):

[TRADUCTION] Certains principes sont bien établis. [. . .] On peut conclure que le fait de ne pas divulguer, au moment où le cautionnement est consenti, des faits susceptibles de causer un préjudice à la caution équivaut à une déclaration inexacte et en a les conséquences. (*Lee c. Jones* (1864), 17 C.B.N.S. 482). [Je souligne.]

An examination of the case relied upon by Bingham J. to support this proposition, *Lee v. Jones* (1864), 17 C.B.N.S. 482 (Ex. Ch.), 144 E.R. 194, settles the question. In that case, the defendant had executed a guarantee. The plaintiff sued the defendant on the guarantee. The defendant pleaded by way of defence that he had been induced to make the contract of guarantee by the fraudulent concealment by the plaintiff of a material fact. The Exchequer Chamber, by a majority, affirmed the judgment of the court below that the guarantor was discharged by the concealment. The following passage from the judgment of Blackburn J. makes it clear that the issue in *Lee v. Jones* was whether the misrepresentation was such that the guarantor would not have entered into the agreement had he known the truth (at p. 204 E.R.):

The improbability that any one could suppose that sureties would have entered into such an agreement if they had known the truth, is so great that the jury might well think that the plaintiffs knew that the defendant was in ignorance of it: and, if the jury so thought, they might from that alone draw the inference that the representation was fraudulently intended to deceive.

Moreover it is clear from the passage excerpted by the British Columbia Court of Appeal that Bingham J.'s main point in *Bank of India*, and in fact the basis on which that case was decided, was that there is no general principle that irregular conduct which is prejudicial to the surety discharges him or her from liability. The "irregular" conduct in *Bank of India* which was held not to discharge the guarantor was the creditor bank's delay in delivery of written confirmations of the principal contract. This position was affirmed on appeal, [1983] 2 Lloyd's Rep. 298. Goff L.J. stated (at p. 302):

[T]here is no general principle that "irregular" conduct on the part of the creditor, even if prejudicial to the interests of the surety, discharges the surety, though there are particular circumstances in which the surety may be discharged, of which the instances specified by the learned Judge provide certainly the most significant, and possibly the only, examples. . . . But that merely irregular conduct on the part of the creditor, even if prej-

L'examen de la décision invoquée par le juge Bingham à l'appui de cette proposition, savoir *Lee c. Jones* (1864), 17 C.B.N.S. 482 (Ex. Ch.), 144 E.R. 194, règle la question. Dans cette affaire, le défendeur avait signé un cautionnement. Le demandeur l'a poursuivi en exécution de la garantie donnée. Le défendeur plaida, en défense, que c'était par suite de la dissimulation frauduleuse d'un fait substantiel par le demandeur qu'il avait passé le contrat de cautionnement. L'Exchequer Chamber confirma à la majorité la décision du tribunal d'instance inférieure, selon laquelle la dissimulation avait pour effet de libérer la caution. L'extrait suivant des motifs du juge Blackburn établit clairement que, dans l'affaire *Lee c. Jones*, il s'agissait de déterminer si la déclaration inexacte était telle que la caution n'aurait pas conclu le contrat si elle avait su la vérité (à la p. 204 E.R.):

[TRADUCTION] Il est si improbable que quelqu'un pouvait supposer que les cautions auraient conclu un tel contrat si elles avaient su la vérité, que le jury pourrait bien penser que les demandeurs savaient que le défendeur l'ignorait; et, si telle était l'opinion du jury, il pourrait conclure, sur ce seul fondement, que la déclaration a été faite dans l'intention frauduleuse de tromper.

De plus, il ressort clairement de l'extrait cité par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique que ce que le juge Bingham a dit essentiellement dans l'affaire *Bank of India* et, en fait, ce qui constituait le fondement de la décision, était qu'il n'existe pas de principe général voulant qu'une conduite irrégulière préjudiciable à une caution ait pour effet de la libérer. Dans l'affaire *Bank of India*, la conduite «irrégulière» qui, a-t-on conclu, ne libérait pas la caution était le retard de la banque créancière à délivrer les confirmations écrites du contrat principal. Ce point du vue a été confirmé en appel, [1983] 2 Lloyd's Rep. 298. Le lord juge Goff affirme, à la p. 302:

[TRADUCTION] [I]l n'y a aucun principe général selon lequel la conduite «irrégulière» du créancier, même si elle nuit aux intérêts de la caution, a pour effet de la libérer, quoique la caution puisse être libérée dans des circonstances particulières dont les exemples donnés par le juge sont certainement les plus importants et, peut-être même, les seuls. [. . .] Mais il ne fait aucun doute, dans mon esprit, que la simple conduite irrégulière du

udicial to the interests of the surety, does not discharge the surety, there can in my judgment be no doubt. [Emphasis added.]

In *Wilder, supra*, Wilson J. was faced with the question of the effect on the surety's liability of a breach of the principal contract between the creditor and the debtor. Wilson J. began by observing that a variation in the principal contract which prejudices the guarantor will discharge the guarantor (at p. 562):

It is trite law that any material variation of the terms of the contract between the creditor and the principal debtor to the prejudice of the guarantor without the guarantor's consent will discharge the guarantor.

Wilson J. emphasized that a guarantor gives his or her guarantee on the basis of the risk inherent in the contract which is being guaranteed, and that equity will intervene if the guarantor's right of subrogation is impaired by a variation by the creditor of the risk assumed by the guarantor without the guarantor's consent (at p. 566):

In the case of a specific contract it is to be assumed that the guarantor gave his guarantee in contemplation of an ascertainable and clearly identified risk inherent in the contract. The guarantor in such a case is discharged because he is powerless to protect against variation of the principal contract by the parties to that contract. Once he has given his guarantee on the basis of that particular risk equity protects him against any variation of it to which he was not a party.

Wilson J. held therefore that the question to be asked in determining whether a breach of the principal contract discharges the guarantor is whether the breach materially changed the risk assumed by the guarantor, to the guarantor's detriment (at p. 569):

... the key question becomes whether the subsequent breach of [the principal contract] by the Bank materially changed the risk assumed by the guarantors to the guarantors' detriment. I think there can be no doubt that it did. I agree with Lambert J.A. that the Bank's breach caused the Company's default. It materially impaired the value of the security it held for the Company's indebtedness by preventing the Company from continuing as a viable commercial operation. As a consequence,

créancier, même si elle nuit aux intérêts de la caution, n'a pas pour effet de la libérer. [Je souligne.]

Dans *Wilder*, précité, le juge Wilson devait se prononcer sur l'effet qu'une violation du contrat principal liant le créancier et le débiteur a sur la responsabilité de la caution. Elle a commencé par faire observer qu'une modification du contrat principal qui préjudicie à la caution a pour effet de la libérer (à la p. 562):

Il est bien établi en droit que toute modification importante des conditions d'un contrat conclu entre le créancier et le débiteur principal au préjudice du garant sans le consentement de ce dernier a pour effet de libérer le garant.

Le juge Wilson a insisté sur le fait que le cautionnement donné par la caution repose sur le risque inhérent au contrat garanti et que les principes de l'*equity* s'appliquent si une modification par le créancier du risque assumé par la caution, sans le consentement de cette dernière, porte atteinte au droit de subrogation que possède la caution (à la p. 566):

Dans le cas d'un contrat spécifique, il faut présumer que le garant a donné son cautionnement en fonction d'un risque vérifiable et clairement identifié qui est inhérent au contrat. Le garant dans une telle affaire est libéré parce qu'il n'est pas en mesure d'assurer une protection contre la modification du contrat principal par les parties à ce contrat. Lorsqu'il a donné sa garantie en fonction de ce risque particulier, l'*equity* le protège contre toute modification de ce risque à laquelle il n'a pas participé.

Le juge Wilson a donc conclu que, pour déterminer si une violation du contrat principal libère la caution, il faut se demander si cette violation a sensiblement modifié, à son détriment, le risque assumé par la caution (à la p. 569):

... la question principale est de savoir si sa violation subséquente [du contrat principal] par la banque a sensiblement modifié les risques assumés par les garants. Je crois qu'il n'y a aucun doute que cela a été le cas. Je conviens avec le juge Lambert que la violation par la banque a causé le défaut de la société. Elle a diminué sensiblement la valeur de la garantie qu'elle détenait à l'égard de la dette de la société en empêchant la société de continuer à exister comme entreprise commerciale

the guarantors' equitable rights of subrogation and indemnity were seriously interfered with if not effectively destroyed.

Thus the guarantors were discharged in *Wilder* because of the finding of prejudice to them.

I should now like to turn to a brief discussion of other relevant case law on discharge of sureties. In general, once a contract of guarantee has been made, the surety will be discharged entirely only if the principal contract is varied without the guarantor's consent, in a manner not obviously to the benefit of the guarantor, or if the creditor breaches the contract of guarantee. The surety will be partially discharged from his or her obligation under the guarantee if the creditor impairs the value of the security, but only to the extent that the surety's rights of subrogation under the contract of guarantee are affected. This was the position summarized by Laskin J.A. (as he then was) in *Rose v. Aftenberger*, [1970] 1 O.R. 547 (C.A.), at p. 554:

In my view, the encompassing principle to be applied is that a surety is discharged if either the principal contract to which he gave his guarantee is varied without his consent in a matter (as the Supreme Court of Canada said in *Holland-Canada Mortgage Co. v. Hutchings*, [1936] S.C.R. 165 at p. 172 . . .), not plainly unsubstantial or necessarily beneficial to the guarantor; or, if the terms of the contract of guarantee between the creditor and the surety are breached by the creditor. Where, as here, there is simply a wrongful dealing with the security taken by the creditor, and it is not shown that the taking (and hence the keeping as well) of the security was a condition of the giving of the guarantee, then the surety cannot be relieved beyond the value of the security lost to him.

To the same effect is the following summary from K. P. McGuinness, *The Law of Guarantee* (1986), at p. 282:

[A] surety is entitled to a full release from liability only in two situations: (1) where the effect of the conduct or dealing of the creditor is to vary the risk of default by the principal; and (2) where the creditor violates a con-

viable. Par conséquent, les droits en *equity* que possèdent les garants en matière de subrogation et d'indemnisation ont été gravement compromis, voire même éliminés.

Dans l'affaire *Wilder*, les cautions ont donc été libérées parce qu'on a conclu qu'elles avaient subi un préjudice.

J'aimerais maintenant examiner brièvement d'autres décisions pertinentes relativement à la libération des cautions. En général, une fois qu'un contrat de cautionnement est conclu, la caution n'est libérée complètement que si le contrat principal est modifié, sans son consentement, d'une façon qui ne lui est pas manifestement profitable ou si le créancier viole le contrat de cautionnement. La caution sera partiellement libérée de sa responsabilité en vertu du cautionnement si le créancier diminue la valeur de la garantie, mais seulement dans la mesure où il y a atteinte aux droits de subrogation que la caution possède aux termes du contrat de cautionnement. Tel est le point de vue résumé par le juge Laskin (plus tard Juge en chef du Canada), dans l'affaire *Rose c. Aftenberger*, [1970] 1 O.R. 547 (C.A.), à la p. 554:

[TRADUCTION] À mon avis, le principe général qui doit être appliqué porte qu'une caution est libérée si le contrat principal à l'égard duquel elle a donné son cautionnement est modifié sans son consentement dans une affaire (comme la Cour suprême du Canada l'a dit dans l'arrêt *Holland-Canada Mortgage Co. c. Hutchings*, [1936] R.C.S. 165, à la p. 172 [. . .]) qui n'est pas clairement insuffisante ou nécessairement avantageuse pour le garant; ou si les conditions du contrat de cautionnement entre le créancier et la caution sont violées par le créancier. Lorsque, comme en l'espèce, on traite simplement de la garantie prise par le créancier de manière injustifiée et qu'il n'est pas démontré que le fait de prendre une garantie (et même de la garder) était une condition de la garantie, alors la caution ne peut être libérée au-delà de la valeur de la garantie qu'elle a perdue.

L'ouvrage de K. P. McGuinness, intitulé *The Law of Guarantee* (1986), contient un résumé similaire, à la p. 282:

[TRADUCTION] [L]a caution ne peut être entièrement libérée que dans deux cas: (1) lorsque le créancier a modifié, par sa conduite ou ses actes, le risque de défaut de la part du débiteur principal et (2) lorsque le créan-

dition of the surety's liability. Where an act by the creditor merely affects the amount for which the surety will be liable in the event of default, discharge is available only to the extent of the prejudice actually suffered.

It is clear therefore that the existing authorities base discharge from liability on two principles. First, that the guarantor has undertaken a particular risk, and should not have a materially different risk imposed upon him or her by the variation or breach of the terms of the principal contract. In such situations, since it should be left to the surety to decide whether to continue as a surety and bear the new risk, he or she is entitled to be discharged absolutely if his or her consent was not obtained. Second, where the surety's risk of being called upon remains the same, but the amount for which he or she will be liable is increased by an act of the creditor, the surety may be entitled to be discharged to the extent of that increase.

However, where the creditor breaches the principal contract but the breach does not prejudice the guarantor, the guarantor will not be discharged. So, in *Royal Bank of Canada v. Nobes* (1982), 49 N.S.R. (2d) 634, the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, held that even if the creditor had breached the principal contract by giving the debtor inadequate time to respond to the demand for payment, the guarantor would not have been entitled to be discharged because the debtor could not have responded to the demand in any event. That is, the breach of the principal contract in no way prejudiced the guarantors (at p. 643):

Even assuming that no notice of the demand was given to Coastal [the debtor] or, alternatively, that it was not given reasonable time to respond to the demand before the receiver was appointed and that the latter's entry into Coastal's premises was therefore both premature and wrongful, such, under the circumstances, is not in my opinion the kind of interference with the security arrangement that should discharge the guarantors. I say this because it is clear from the findings of fact of Chief Justice Cowan that it would not have made any practical difference as far as the guarantors and Coastal were concerned if the demand for payment was unobjection-

cier viole une condition du contrat de cautionnement. Si un acte du créancier n'a d'incidence que sur le montant dont répondra la caution en cas de défaut, celle-ci ne peut être libérée que dans la mesure du préjudice réellement subi.

Il est donc clair que la jurisprudence et la doctrine existantes fondent sur deux principes la libération de la caution. Le premier veut que la caution ait assumé un risque donné et qu'on ne doive pas lui en imposer un sensiblement différent en modifiant ou en violant les conditions du contrat principal. Comme il devrait appartenir à la caution de décider si elle maintient son cautionnement et assume le nouveau risque, elle a donc droit, dans une telle situation, à une libération totale si elle n'a pas consenti à la modification. Selon le deuxième principe, lorsque le risque assumé par la caution demeure le même, mais que le montant de sa responsabilité augmente par suite d'un acte du créancier, elle peut avoir droit à une libération dans la mesure de cette augmentation.

Toutefois, la caution n'est pas libérée lorsque le créancier viole le contrat principal, mais que cette violation ne préjudicie pas à la caution. C'est ainsi que la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a jugé, dans l'affaire *Royal Bank of Canada c. Nobes* (1982), 49 N.S.R. (2d) 634, que même si le créancier avait violé le contrat principal en ne donnant pas au débiteur un délai suffisant pour répondre à la demande de paiement, les cautions n'auraient pas eu droit à une libération parce que le débiteur aurait de toute façon été incapable de répondre à cette demande. Autrement dit, la violation du contrat principal n'a d'aucune manière préjudicié aux cautions (à la p. 643):

[TRADUCTION] Même en supposant que Coastal [la débitrice] n'ait reçu aucun avis de la demande ou, subsidiairement, qu'on ne lui ait pas accordé un délai raisonnable pour répondre à la demande avant la nomination du séquestre, et qu'en conséquence l'entrée de ce dernier dans les locaux de la société ait été à la fois prématurée et préjudiciable, je ne crois pas qu'il s'agit du genre d'atteinte au contrat de cautionnement qui devrait libérer les cautions. J'affirme cela parce qu'il ressort clairement des conclusions de fait tirées par le juge en chef Cowan que même si la demande de paiement avait été inattaquable, cela n'aurait fait aucune différence pra-

able Coastal just couldn't respond to a payment demand.

See also McGuinness, *supra*, at p. 257:

Despite dicta to the contrary in a number of early cases, it now seems fairly clear that an alteration of the principal contract which clearly is not material to the surety's risk and which therefore cannot prejudice the surety, or a departure from the terms of the principal contract which is necessarily beneficial to the surety, will not relieve the surety from liability. As noted above, there would appear to be no doctrinal basis that would justify release in such a case. By definition, a surety is a person who has agreed to assume the risk of the default of another person. If that obligation is changed in such a way that the risk is necessarily reduced, then the burden of the surety is not increased. However, in order for the surety to continue to be bound where the principal contract has been altered, the lack of prejudice or immateriality of the alteration must be self-evident.

Finally, if the creditor impairs the value of the security held in respect of the guarantee, then the surety is entitled to be discharged to the extent of the prejudice which he or she suffers as a result of the loss of the security: *Bank of Nova Scotia v. Ham*, [1986] 5 W.W.R. 249 (Sask. C.A.), and *Rosemex Inc. v. Banque de Montréal*, [1990] R.J.Q. 344 (C.A.). To quote McGuinness, *supra*, at p. 282:

Where an act by the creditor merely affects the amount for which the surety will be liable in the event of a default, discharge is available only to the extent of the prejudice actually suffered. Consequently, an act or default by a creditor that interferes with the right of the surety to the transfer of the security will usually discharge the surety from liability only to the extent of any loss suffered by the surety, since the value of a security (and therefore the prejudice suffered by the surety as a result of its loss or impairment) is in most cases readily capable of measurement.

As I understand their argument, the respondents do not really dispute the above summary of the case law in so far as it relates to conduct of the

tique en ce qui concerne les cautions et Coastal [. . .] Coastal n'était tout simplement pas en mesure de répondre à une demande de paiement.

a Voir aussi McGuinness, *op. cit.*, à la p. 257:

[TRADUCTION] Malgré les opinions incidentes contraires que l'on trouve dans un certain nombre de décisions anciennes, il semble maintenant assez évident qu'une modification du contrat principal qui est manifestement sans importance en ce qui concerne le risque assumé par la caution et qui ne saurait donc préjudicier à cette dernière, ou qu'une dérogation aux conditions du contrat principal qui bénéficie nécessairement à la caution, ne libérera pas la caution de sa responsabilité. Tel que souligné plus haut, il ne semblerait y avoir aucun fondement doctrinal qui justifierait la libération en pareil cas. La caution est, par définition, une personne qui a accepté d'assumer le risque de défaut d'une autre personne. Si cette obligation est modifiée au point que le risque assumé est nécessairement réduit, alors il n'y a pas augmentation du fardeau de la caution. Cependant, pour que la caution continue d'être liée lorsqu'il y a eu modification du contrat principal, l'absence de préjudice ou le peu d'importance de la modification doivent être évidents en soi.

b
c
d
e
f
g
h
i
j

Finalement, si le créancier réduit la valeur de la garantie détenue à l'égard du cautionnement, la caution a le droit d'être libérée dans la mesure du préjudice qu'elle subit par suite de la perte de garantie: *Bank of Nova Scotia c. Ham*, [1986] 5 W.W.R. 249 (C.A. Sask.), et *Rosemex Inc. c. Banque de Montréal*, [1990] R.J.Q. 344 (C.A.). Pour citer McGuinness, *op. cit.*, à la p. 282:

[TRADUCTION] Si un acte du créancier n'a d'incidence que sur le montant dont répondra la caution en cas de défaut, celle-ci ne peut être libérée que dans la mesure du préjudice réellement subi. En conséquence, un acte ou un manquement du créancier qui porterait atteinte au droit de la caution à la cession de la garantie aura habituellement pour effet de libérer la caution dans la seule mesure de la perte qu'elle a subie, puisque la valeur d'une garantie (et, par conséquent, le préjudice subi par la caution du fait de cette perte ou de cette atteinte) peut, dans la plupart des cas, être déterminée facilement.

Si je comprends bien leur argument, les intimés ne contestent pas vraiment le résumé donné plus haut de la jurisprudence, dans la mesure où il se

creditor directed towards the principal debtor affecting a surety. However, they submit that these principles do not apply where the creditor's wrongful conduct is against the surety directly. In cases where there has been an act of bad faith against the surety, they submit that the surety should be automatically discharged without having to decide what damage or prejudice was suffered. As I have already stated, this position is not supported by the cases cited by the Court of Appeal or the respondents (*Bank of India and Wilder*), so the question becomes whether it is a desirable extension of the principles of discharge of a guarantor's liability? In my view it is not.

Simply put, no serious or compelling reason has been advanced to justify departing from the current state of law in the manner proposed by the respondents. A guarantor should not be discharged from the obligation which he or she has undertaken except by acts which have some impact on the magnitude or likelihood of the materialization of that risk. Other objectionable or wrongful conduct by the creditor towards the guarantor should be dealt with by causes of action that are otherwise appropriate such as the tort of deceit or breach of fiduciary duty. In this respect, the respondents sought to further justify the Court of Appeal's discharge of the impugned guarantees on the basis of a breach of fiduciary duty by the Bank's representative to Beaver's directors. Accepting for the sake of argument that there was a breach of fiduciary duty as found by the trial judge, I do not agree that it should be given the effect proposed by the respondents. In my opinion, the trial judge gave proper effect to the alleged breach of fiduciary duty by the Bank in finding invalid the impugned waiver and consent obtained at the April 4, 1983 meeting.

The conduct of the Bank in this case consisted of misrepresentations made to individuals who where both the principals of the debtor, Beaver,

rapporte à la conduite du créancier envers le débiteur principal, qui touche une caution. Ils soutiennent toutefois que ces principes ne s'appliquent pas lorsque la conduite répréhensible du créancier vise directement la caution. Les intimés font valoir que lorsque la caution a été victime de la mauvaise foi du créancier, elle devrait être automatiquement libérée sans qu'il soit nécessaire de déterminer le préjudice qu'elle a subi. Comme je l'ai déjà dit, ce point de vue n'est pas étayé par la jurisprudence citée par la Cour d'appel ou par les intimés (*Bank of India et Wilder*), de sorte qu'il faut se demander s'il est souhaitable d'étendre ainsi l'application des principes régissant la libération des cautions. À mon avis, ça ne l'est pas.

On n'a tout simplement soumis aucune raison sérieuse de déroger à l'état actuel du droit de la manière proposée par les intimés. Une caution ne devrait être libérée de l'obligation contractée que s'il y a eu perpétration d'actes ayant une incidence quelconque sur l'amplitude du risque assumé ou sur la probabilité qu'il se matérialise. Toute autre conduite inacceptable ou répréhensible du créancier envers la caution devrait être traitée au moyen de causes d'action par ailleurs appropriées, comme le délit de tromperie ou le manquement à une obligation fiduciare. À cet égard, les intimés ont cherché à justifier davantage la décision de la Cour d'appel d'annuler les cautionnements contestés en raison d'un manquement de la part du représentant de la banque à l'obligation fiduciare qu'il avait envers les administrateurs de Beaver. Tout en acceptant pour les fins de la discussion que le manquement à une obligation fiduciare dont le juge de première instance a conclu à l'existence a bel et bien eu lieu, je n'accepte pas qu'il devrait avoir l'effet que proposent les intimés. À mon avis, le juge de première instance a eu raison de conclure que le manquement à une obligation fiduciare qu'aurait commis la banque a eu pour effet de rendre nuls la renonciation et le consentement contestés qui avaient été obtenus à l'assemblée du 4 avril 1983.

La conduite de la banque, en l'espèce, a consisté à faire des déclarations inexactes à des personnes qui étaient à la fois les dirigeants de la débitrice,

and the guarantors. The result of the misrepresentations was that these individuals consented to placing Beaver in receivership. The misrepresentations had the effect of rendering the consent thereby obtained invalid. If Beaver had not in fact been insolvent at the time the consent was obtained (a finding which is not challenged before this Court), then the ensuing demand and receivership would have constituted a breach of the principal loan agreement. However, I agree with Spencer J. that his finding that Beaver was insolvent at that time provided a justification for the Bank's calling the loan and, when Beaver failed to pay, appointing a receiver.

Spencer J. repeatedly emphasized that not only did placing Beaver in receivership not operate to the detriment of the guarantors, but in fact it was also advantageous to them. For example, he stated (at pp. 57 and 68):

Beaver ... was bound to fail, probably before the summer. To fail sooner rather than later and apply the receivables to the bank's debt would, to that extent, save the directors and their other companies ... from some liability on their guarantees.

Because of [the misrepresentation], the receivership probably commenced earlier than it otherwise would have done, with the result the bank was able to reduce the shortfall and therefore the liability on the guarantees by the amount recovered from the accounts receivable which would otherwise have gone to pay down Beaver's trade creditors.

The respondents argue that it is simplistic to assert that, since Beaver was insolvent, the Bank's actions did not either cause damage to or increase the risk of the guarantors. They emphasize that the guarantors were doctors and that they could have personally raised the funds so as to avoid receivership, or attempted to sell the business. In my view, these arguments cannot succeed because they are simply attempts to set aside reasonably supportable findings of facts of the trial judge. The trial judge found not only that Beaver was insolvent, but also that its failure was inevitable. He also addressed the possibility of the guarantors being able to do

Beaver, et les cautions. Les déclarations inexactes ont amené ces personnes à consentir à la mise sous séquestre de Beaver. Ces déclarations inexactes ont eu pour effet d'annuler le consentement ainsi obtenu. Si Beaver n'avait pas été vraiment insolvable à la date du consentement (une conclusion qui n'est pas contestée devant notre Cour), la demande de paiement et la mise sous séquestre qui ont suivi auraient constitué une violation du contrat de prêt principal. Je conviens toutefois avec le juge Spencer que sa conclusion que Beaver était insolvable à l'époque justifiait la banque de demander le remboursement du prêt et de nommer un séquestre par suite du défaut de paiement de Beaver.

Le juge Spencer a souligné à maintes reprises non seulement que la mise sous séquestre de Beaver n'avait pas nui aux cautions, mais encore qu'elle avait en fait été avantageuse pour eux. Il affirme, par exemple, aux pp. 57 et 68:

[TRADUCTION] ... l'entreprise était vouée à l'échec et aurait probablement fermé ses portes avant l'été. Sa fermeture hâtive et l'emploi des comptes débiteurs pour rembourser le montant dû à la banque permettraient, dans cette mesure, de réduire la responsabilité assumée par les administrateurs et leurs autres sociétés [...] en vertu de leurs cautionnements.

À cause [de la déclaration inexacte], le séquestre est probablement entré en fonction plus tôt qu'il ne l'aurait fait autrement, ce qui a permis à la banque de réduire le déficit et, par conséquent, la responsabilité relative aux cautionnements du montant des comptes débiteurs perçus qui, autrement, aurait servi à payer les fournisseurs de Beaver.

Selon les intimés, il est simpliste d'affirmer que, puisque Beaver était insolvable, les actes de la banque n'ont causé aucun préjudice aux cautions et ni augmenté le risque qu'elles assumaient. Ils font valoir que les cautions étaient des médecins et qu'elles auraient pu réunir personnellement les fonds nécessaires pour éviter la mise sous séquestre, ou encore tenter de vendre l'entreprise. À mon avis, ces arguments ne sauraient être retenus, car ils constituent de simples tentatives de faire infirmer des conclusions de fait du juge de première instance que celui-ci était raisonnablement fondé à tirer. Le juge de première instance a non seulement

anything to improve this situation, stating (at p. 62):

Beaver's attempts to raise money, or be sold or find new business had met with failure. At trial, Wortman admitted it would have been difficult to find alternative financing as of April 4, 1983. . . . Although the shareholders say now they could have raised money themselves to add to the company's equity, none of them could have done so without borrowing or negotiating a sale of assets. Most of the shareholders deny that Holford or Meikle suggested that they put in more equity during the April 4 meeting, but I believe there was mention of that and that the suggestion was met with silence.

In short, what occurred in this case was that the Bank made misrepresentations which led to a consent that, as a result of Beaver's insolvency, was superfluous, and which caused no prejudice to the guarantors.

C. Conclusion

In light of the principles that I have reviewed, I conclude that the respondents are not entitled to be discharged on their guarantees. Since the respondents have not alleged that misrepresentations were made at the time the contracts of guarantee were made (nor is there any evidence of any such misrepresentations), the passage they rely on from *Bank of India* is of no assistance to them. There was no variation of the principal contract between the Bank and Beaver. Even assuming that the Bank did breach the principal contract by giving insufficient time to Beaver to comply with the demand (which is not the case), the respondents suffered no prejudice as a result of such a breach and so *Wilder* does not help their cause. There was no material alteration to their detriment of the risk that they had assumed. In *Royal Bank of Canada v. Nobes*, *supra*, the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, held that a guarantor should not be discharged in such circumstances, even assuming there was a breach of the principal contract, because the debtor could not have complied with the demand for payment even if it had been in

conclu que Beaver était insolvable, mais encore qu'elle était vouée à l'échec. Il a également étudié la possibilité que les cautions aient été en mesure de faire quoi que ce soit pour améliorer cette situation, affirmant (à la p. 62):

[TRADUCTION] Les tentatives de Beaver de recueillir des fonds, de vendre l'entreprise ou d'attirer de nouveaux clients n'avaient pas réussi. Au procès, Wortman a reconnu qu'il aurait été difficile de trouver d'autres sources de financement le 4 avril 1983. [...] Bien que les actionnaires affirment maintenant qu'ils auraient pu réunir eux-mêmes des fonds pour augmenter les capitaux propres de la société, aucun d'eux n'aurait pu le faire sans emprunter ou négocier une vente d'actifs. La plupart d'entre eux nient qu'au cours de l'assemblée du 4 avril, Holford ou Meikle leur ait proposé d'injecter plus de capitaux propres, mais je crois qu'il en a été fait mention et que l'on n'a pas répondu à la proposition.

Bref, ce qui s'est produit en l'espèce, c'est que la banque a fait des déclarations inexactes qui ont amené les intimés à donner un consentement que l'insolvabilité de Beaver rendait superflu et qui n'a causé aucun préjudice aux cautions.

C. Conclusion

Compte tenu des principes que j'ai examinés, je conclus que les intimés n'ont pas le droit d'être libérés de leurs cautionnements. Comme les intimés n'ont pas soutenu que la banque avait fait des déclarations inexactes au moment de la conclusion des contrats de cautionnement (et il n'existe pas non plus de preuve que de telles déclarations inexactes ont été faites), l'extrait de la décision *Bank of India* qu'ils invoquent ne leur est d'aucun secours. Le contrat principal conclu entre la banque et Beaver n'a pas été modifié. Même à supposer que la banque ait violé le contrat principal en n'accordant pas à Beaver un délai suffisant pour satisfaire à la demande de remboursement (ce qui n'est pas le cas), cette violation n'a causé aucun préjudice aux intimés et ainsi l'arrêt *Wilder* ne leur est d'aucune utilité. Le risque qu'ils avaient assumé n'a pas été modifié sensiblement à leur détriment. Dans l'affaire *Royal Bank of Canada c. Nobes*, précitée, la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a jugé que, dans de telles circonstances, il n'y a pas lieu de libérer la caution même en supposant qu'il y a eu violation

accordance with the contract. The same argument applies *a fortiori* where not only could the debtor not have complied with the demand for payment, but also any breach of the contract by way of insufficient time to pay subsequent to the demand actually increased the value of the security held by the creditor and reduced the risk assumed by the guarantors.

I therefore conclude that the respondents should not be discharged from their guarantees.

V. Disposition

Accordingly the appeal is allowed, the judgment of the British Columbia Court of Appeal dismissing the appellant's claim against the respondents on their guarantees is set aside, and the judgment of the trial judge is restored. The cross-appeal is dismissed.

Under the circumstances, the parties should bear their own costs in this Court and in the British Columbia Court of Appeal. I would not disturb the orders made by Spencer J. with respect to costs at trial.

Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Davis & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Davis, Gourlay, Spencer, Slade, West Vancouver; Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

du contrat principal, car le débiteur n'aurait pas pu se conformer à une demande de remboursement, même faite conformément au contrat. Le même argument s'applique à plus forte raison lorsque le débiteur n'aurait pas pu satisfaire à la demande de remboursement et qu'en plus une violation du contrat, commise en accordant un délai insuffisant pour payer suite à cette demande, a réellement augmenté la valeur de la garantie détenue par le créancier et réduit le risque assumé par les cautions.

Je conclus donc qu'il n'y a pas lieu de libérer les intimés de leurs cautionnements.

V. Dispositif

En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rejetant l'action de l'appelante contre les intimés, fondée sur les cautionnements qu'ils avaient consentis, est infirmé et la décision du juge de première instance est rétablie. Le pourvoi incident est rejeté.

Il y a lieu, dans les circonstances, que chaque partie assume ses propres dépens en notre Cour et en Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Je suis d'avis de ne pas modifier les ordonnances du juge Spencer concernant les dépens au procès.

Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

Procureurs de l'appelante: Davis & Company, Vancouver.

Procureurs des intimés: Davis, Gourlay, Spencer, Slade, Vancouver ouest; Sugden, McFee & Roos, Vancouver.