

Canada Mortgage and Housing Corporation *Appellant*

v.

Hongkong Bank of Canada *Respondent*

and

Wheeler Holdings Ltd., Town House Development Ltd., Wellington Housing Developments Ltd., Kate Wheeler, Pamela K. Wheeler, George L. Wheeler, Lois Anderson, Patricia May Kirk, 375069 Alberta Ltd., 386360 Alberta Ltd. and 376491 Alberta Ltd. *Respondents*

and

The Attorney General of Quebec *Intervener*

and between

Canada Mortgage and Housing Corporation *Appellant*

v.

375069 Alberta Ltd. *Respondent*

and

Town House Development Ltd. *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec *Intervener*

and between

Canada Mortgage and Housing Corporation *Appellant*

Société canadienne d'hypothèques et de logement *Appelante*

a c.

Banque Hongkong du Canada *Intimée*

b et

Wheeler Holdings Ltd., Town House Development Ltd., Wellington Housing Developments Ltd., Kate Wheeler, Pamela K. Wheeler, George L. Wheeler, Lois Anderson, Patricia May Kirk, 375069 Alberta Ltd., 386360 Alberta Ltd. et 376491 Alberta Ltd. *Intimés*

d et

e **Le procureur général du Québec** *Intervenant*

et entre

f **Société canadienne d'hypothèques et de logement** *Appelante*

c.

g **375069 Alberta Ltd.** *Intimée*

et

h **Town House Development Ltd.** *Intimée*

et

i **Le procureur général du Québec** *Intervenant*

et entre

j **Société canadienne d'hypothèques et de logement** *Appelante*

v.

c.

386360 Alberta Ltd. *Respondent***386360 Alberta Ltd.** *Intimée*

and

^a et**Wellington Housing Developments Ltd.** *Respondent***Wellington Housing Developments Ltd.** *Intimée*

and

^b et**The Attorney General of Quebec**
Intervener^c **Le procureur général du Québec** *Intervenant*INDEXED AS: HONGKONG BANK OF CANADA v.
WHEELER HOLDINGS LTD.RÉPERTORIÉ: BANQUE HONGKONG DU CANADA c.
WHEELER HOLDINGS LTD.

File No.: 22268.

^d N° du greffe: 22268.

1992: February 4; 1993: January 21.

1992: 4 février; 1993: 21 janvier.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka,
Gonthier, Cory, Stevenson* and Iacobucci JJ.Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, Cory, Stevenson* et Iacobucci.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA^e EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Mortgages — Conditions — CMHC lending money to “limited dividend” housing companies for construction and management of low-rental housing projects — Operating agreements prohibiting subsequent sale or mortgage of projects without CMHC’s approval as mandated by statute — Operating agreements incorporated as part of mortgages — Second mortgages incurred and sales effected without CMHC’s approval — Whether CMHC can impeach subsequent mortgages and sales on basis of statutorily mandated contractual terms prohibiting sale or disposition of projects — Whether equitable “clean hands” doctrine applicable — Whether second mortgages and sales illegal contracts — Whether purchasers had right to redeem projects on payment of amounts outstanding under first mortgages — National Housing Act, 1954, S.C. 1953-54, c. 23, s. 16(4)(g), (h).

Hypothèques — Conditions — Prêts consentis par la SCHL à des sociétés immobilières «à dividendes limités» pour la construction et la gestion d’ensembles d’habitation HLM — Accords d’exploitation interdisant conformément à la loi toute vente ou hypothèque subséquentes sans l’approbation de la SCHL — Accords d’exploitation incorporés dans les actes d’hypothèque — Hypothèques de second rang consenties et ventes effectuées sans le consentement de la SCHL — La SCHL peut-elle contester les hypothèques et les ventes subséquentes en invoquant des conditions contractuelles, prescrites par une loi, interdisant la vente ou l’aliénation de l’ensemble d’habitation? — La théorie d’equity de la conduite irréprochable s’applique-t-elle? — Les hypothèques de second rang et les ventes constituent-elles des contrats illégaux? — Les acquéreurs avaient-ils le droit de racheter les ensembles d’habitation une fois payées les dettes hypothécaires de premier rang? — Loi nationale de 1954 sur l’habitation, S.C. 1953-54, ch. 23, art. 16(4)(g), (h).

Corporations — Powers — Corporate objects stipulating that companies to build and manage low-rental housing projects — CMHC lending companies money

Compagnies — Pouvoirs — Sociétés immobilières ayant pour objet explicite de construire et d’administrer des ensembles d’habitation HLM — Prêts consentis par

*Stevenson J. took no part in the judgment.

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

for construction and management of projects — Operating agreements prohibiting subsequent sale or mortgage of projects without CMHC's approval as mandated by statute — Operating agreements incorporated as part of mortgages — Second mortgages incurred and sales effected without CMHC's approval — Whether second mortgages ultra vires companies' powers — Whether corporate vires doctrine applicable — National Housing Act, 1954, S.C. 1953-54, c. 23, s. 16 — Companies Act, R.S.A. 1980, c. C-20, s. 20(1)(h).

Respondents Town House and Wellington were "limited-dividend" companies statutorily described as being incorporated to hold and manage low-rental housing and subject to a restriction in their charters to a maximum annual dividend. CHMC loaned both money to build and operate low-rental housing for a forty-year term starting on the completion date. The mortgages provided that their terms were in addition to those granted or implied by statute and that they were made pursuant to the *National Housing Act*. Both companies entered into operating agreements with CMHC that prohibited the mortgage or sale of the projects without CMHC approval. The mortgages adopt the terms of the operating agreements as part of the mortgage and stipulated that breach of the operating agreements constituted breach of the mortgages.

A loan made by the Bank of British Columbia to Town House and Wellington, along with the respondent Wheeler Holdings, was secured by second mortgages on the projects and was personally guaranteed by the personal respondents. CMHC did not consent to the second mortgages. This mortgage was among the assets purchased by the respondent Hongkong Bank of Canada ("Hongkong") from the Bank of British Columbia in 1986.

In 1988, Town House and Wellington agreed to sell the projects ("1988 sales") to the respondents 375069 Alberta Ltd. and 386360 Alberta Ltd. ("1988 purchasers"). The 1988 sale agreements provided that title would be given to the 1988 purchasers free and clear of obligations under the CMHC operating agreements, and provided for liquidated damages if such title could not be given. These sale agreements also contained a provision expressly negating and rejecting the

la SCHL à ces sociétés pour la construction et la gestion d'ensembles d'habitation — Accords d'exploitation interdisant conformément à la loi toute vente ou hypothèque subséquentes sans l'approbation de la SCHL — Accords d'exploitation incorporés dans les actes d'hypothèque — Hypothèques de second rang consenties et ventes effectuées sans le consentement de la SCHL — Les hypothèques de second rang excédaient-elles les pouvoirs des sociétés? — La théorie de l'excès de pouvoir par une personne morale s'applique-t-elle? — Loi nationale de 1954 sur l'habitation, S.C. 1953-54, ch. 23, art. 16 — Companies Act, R.S.A. 1980, ch. C-20, art. 20(1)(h).

Les intimées Town House et Wellington sont des sociétés «à dividendes limités» qui, selon la définition légale, sont constituées pour détenir et administrer un ensemble d'habitation HLM et dont les dividendes, aux termes de leurs actes constitutifs, sont limités à un montant maximal. La SCHL a prêté aux deux des fonds pour la construction et l'exploitation d'ensembles d'habitation HLM pour une période se terminant 40 ans après la date de l'achèvement des travaux de construction. Les actes d'hypothèque stipulaient que leurs conditions s'ajoutaient à celles expressément ou implicitement prévues par un texte légal et qu'elles étaient assujetties à la *Loi nationale sur l'habitation*. Les deux sociétés ont conclu avec la SCHL des accords d'exploitation interdisant d'hypothéquer ou de vendre les ensembles d'habitation sans l'approbation de la SCHL. Les actes d'hypothèque reprennent les conditions des accords d'exploitation, comme faisant partie des hypothèques, et prévoient que la violation des accords d'exploitation constitue une violation des hypothèques.

Un prêt de la Banque de la Colombie-Britannique à Town House et à Wellington ainsi qu'à l'intimée Wheeler Holdings était garanti par des hypothèques de second rang grevant les ensembles d'habitation et, personnellement, par les personnes physiques intimées. La SCHL n'a pas consenti aux hypothèques de second rang, lesquelles figuraient parmi l'actif que l'intimée la Banque Hongkong du Canada («Hongkong») a acheté à la Banque de la Colombie-Britannique en 1986.

En 1988, Town House et Wellington ont convenu de vendre les ensembles d'habitation («ventes de 1988») aux intimées 375069 Alberta Ltd. et 386360 Alberta Ltd. («acquéreurs de 1988»). Les contrats de vente de 1988 stipulaient que les acquéreurs de 1988 recevraient un titre de propriété libre et quitte de toute obligation découlant des accords d'exploitation de la SCHL et prévoyaient le paiement de dommages-intérêts conventionnels au cas où un tel titre ne pourrait pas être accordé.

covenants implied by s. 62(1) of the Alberta *Land Titles Act* with the result that the transferees did not assume the obligations under the mortgage.

In 1989, Hongkong began an action to foreclose on its second mortgages. Hongkong proposed a judicial sale of the projects ("1989 sale") to yet another numbered company—376491 Alberta Ltd. ("1989 purchaser")—owned by owner of the other two numbered companies. The 1989 sale agreement provided that the 1989 purchaser would get title subject to the CMHC mortgages but free and clear of the terms of the CMHC operating agreements.

Hongkong sought approval of the 1989 sale from the Alberta Court of Queen's Bench, but a Master refused this approval. Hongkong appealed this finding to a chambers judge, and the 1988 purchasers commenced an action seeking a declaration that they were owners of the projects under the 1988 sale agreements and that they were not bound by the CMHC operating agreements. The appeal and the actions were heard together by the chambers judge. The 1989 sale was approved by the chambers judge and the 1988 purchasers were granted the declaration they requested. Appeals were launched by CMHC in respect of each proceeding. CMHC's appeal to the Alberta Court of Appeal was dismissed. The main issue here was whether the appellant mortgagee can successfully impeach a subsequent mortgage and sale on the basis of statutorily mandated contractual terms prohibiting a sale or disposition of the mortgaged property. Issues arose as to the applicability of the equitable "clean hands" doctrine, the alleged illegality of the second mortgages and the 1988 and 1989 sales, the *vires* of the corporate powers of Town House and Wellington, and the 1988 purchasers' right to redeem the properties on payment of the amounts outstanding under the first mortgages.

Held: The appeal is allowed in part.

Town House and Wellington, by granting the second mortgage to the Bank of British Columbia and by selling the projects flagrantly breached their contracts with CMHC. Neither, however, sought relief here. The remedies sought by the other respondents do not constitute equitable relief in every case or there was insufficient evidence before the Court to conclude that these respon-

Ces contrats de vente renfermaient également une clause qui écartait expressément les engagements implicites prévus au par. 62(1) de la *Land Titles Act* de l'Alberta, de sorte que les cessionnaires n'ont pas assumé les obligations découlant de l'hypothèque.

En 1989, Hongkong a intenté une action en forclusion à l'égard de ses hypothèques de second rang. Elle a proposé que les ensembles d'habitation soient vendus judiciairement («vente de 1989») à encore une autre société à numéro—376491 Alberta Ltd. («acquéreur de 1989») —appartenant au propriétaire des deux autres sociétés à numéro. Le contrat de vente de 1989 prévoyait que l'acquéreur de 1989 obtiendrait un titre de propriété grevé des hypothèques de la SCHL, mais libre et quitte des conditions des accords d'exploitation de cette dernière.

Hongkong a demandé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta d'approuver la vente de 1989, mais un protonotaire a refusé l'approbation. Hongkong a porté cette décision en appel devant un juge en chambre et les acquéreurs de 1988 ont intenté une action en vue de se faire déclarer propriétaires des ensembles d'habitation en vertu des contrats de vente de 1988 et de se faire déclarer en outre non liés par les accords d'exploitation de la SCHL. L'appel et les actions ont été entendus ensemble par le juge en chambre. La vente de 1989 a reçu l'approbation de ce dernier et les acquéreurs de 1988 ont obtenu le jugement déclaratoire demandé. La SCHL a interjeté appel à l'égard de chacune des procédures en question. L'appel de la SCHL à la Cour d'appel de l'Alberta a été rejeté. La question principale dans le présent pourvoi est de savoir si la créancière hypothécaire appelante peut contester avec succès une hypothèque et une vente subséquentes en invoquant des conditions contractuelles, prescrites par une loi, interdisant la vente ou l'aliénation du bien hypothéqué. Se posent également les questions de l'applicabilité de la théorie d'*equity* de la conduite irréprochable, de la prétendue illégalité des hypothèques de second rang et des ventes de 1988 et de 1989, des pouvoirs des sociétés Town House et Wellington et du droit des acquéreurs de 1988 de racheter les biens-fonds une fois payées les dettes hypothécaires de premier rang.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli en partie.

En consentant l'hypothèque de second rang à la Banque de la Colombie-Britannique et en vendant les ensembles d'habitation, Town House et Wellington ont commis une violation flagrante de leurs contrats avec la SCHL. Toutefois, ni l'une ni l'autre n'a demandé un redressement en l'espèce. Les redressements demandés par les autres intimés ne constituent pas dans tous les

dents had unclean hands. There is accordingly no equitable ground upon which to deny relief to the respondents.

In determining whether the respondents are entitled to equitable relief, all the respondents should not be painted with the same brush. An entire transaction does not become tainted merely because certain parties to the transaction may have unclean hands. It is necessary to show that the respondents actually seeking relief from the court are in fact seeking equitable relief and are guilty of wrongdoing amounting to unclean hands.

Even if the remedy of declaratory relief is seen to be *sui generis*, equitable principles such as clean hands can play a role in the exercise of the court's discretion whether or not to grant the remedy. The only real evidence of the alleged misconduct by the 1988 purchasers was that they knew that the 1988 sale agreements constituted a breach of the CMHC mortgages and in fact agreed to pay a higher price for the land if the operating agreements could be successfully breached. This evidence is too tenuous a foundation for the application of the principle. Absent a finding of collusion, knowledge by a purchaser that the vendor is breaching a contractual provision would be insufficient to disentitle the purchaser to equitable relief. This conclusion applies with greater force to the exercise of discretion to refuse declaratory relief in which the "unclean hands" doctrine is applied in a less structured manner and is but one of the factors to be considered.

Hongkong, which sought a judicial sale in its mortgage foreclosure action, was the only party unquestionably seeking equitable relief. There was no evidence that it was guilty of any misconduct. Hongkong was particularly free of suspicion of misconduct because it was not the original mortgagee but rather purchased a mortgage acquired by its predecessor in title.

The relationship between the numbered companies and Town House and Wellington was undoubtedly suspicious, but the conclusion that they jointly acted to free Town House and Wellington of their obligations towards CMHC could not be made without direct evidence.

cas des redressements d'*equity* et la Cour ne dispose pas non plus d'une preuve suffisante pour conclure que ces intimés ne sont pas sans reproche. Il n'y a donc aucun motif d'*equity* de refuser un redressement aux intimés.

En examinant si les intimés ont droit à un redressement d'*equity*, on devrait se garder de les mettre tous dans le même panier. Toute une opération ne devient pas entachée d'un vice du simple fait qu'il se peut que certaines parties à cette opération ne soient pas sans reproche. Il faut démontrer que les intimés qui demandent effectivement un redressement à la cour sollicitent en réalité un redressement d'*equity* et qu'ils se sont rendus coupables d'une conduite répréhensible qui fait qu'ils ne peuvent être considérés comme étant sans reproche.

Même si le redressement sous forme de jugement déclaratoire est considéré comme étant *sui generis*, des principes d'*equity* comme celui de la conduite irréprochable peuvent jouer un rôle dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal d'accorder ou de refuser le redressement. La seule véritable preuve de l'inconduite reprochée aux acquéreurs de 1988 est qu'ils savaient que les contrats de vente de 1988 violaient les conditions des hypothèques de la SCHL et qu'ils ont en fait convenu de payer le bien-fonds plus cher si les accords d'exploitation pouvaient être violés avec succès. Ces éléments de preuve sont trop faibles pour justifier l'application du principe. En l'absence d'une constatation de collusion, le fait que l'acquéreur ait su que le vendeur agissait en violation d'une condition du contrat ne suffirait pas pour que l'acquéreur soit déchu du droit à un redressement d'*equity*. Cette conclusion s'applique à plus forte raison à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser un jugement déclaratoire, où la théorie de la «conduite répréhensible» est appliquée d'une façon moins structurée et n'est qu'un des facteurs à prendre en considération.

Hongkong, qui demande, dans le cadre de son action en forclusion hypothécaire, qu'il soit procédé à une vente judiciaire est la seule partie qui cherche incontestablement à obtenir un redressement d'*equity*. Rien ne prouve qu'elle s'est rendue coupable d'inconduite. Elle est particulièrement à l'abri de tout soupçon d'inconduite parce qu'elle n'était pas le créancier hypothécaire initial, mais a plutôt acheté une créance hypothécaire acquise par son prédécesseur en titre.

Les rapports entre les sociétés à numéro et Town House et Wellington sont indubitablement suspects, mais, sans preuve directe, il est impossible de conclure qu'elles se sont concertées pour dégager Town House et Wellington de leurs obligations envers la SCHL. La

CMHC retained the right to accelerate the loan or increase the interest rates because the terms of the operating agreement were incorporated into the mortgages. Even if Hongkong were granted the equitable relief which it sought, CMHC was not left without a remedy for breach of its operating agreements.

The second mortgages and the 1988 sale agreements were not prohibited by the *National Housing Act, 1954*, and therefore were not illegal contracts. Section 16(4)(g) neither expressly nor impliedly prohibited these transactions and did not create a statutory restraint on alienation. It only required CMHC to obtain contractual restraints on disposition. To interpret s. 16 as creating an implied statutory restraint on disposition would, absent CMHC's consent, deprive Hongkong of its mortgages and the 1988 purchasers of their title. Had Parliament intended the provisions of the Act to have extra-contractual force, it would not have used the contractual mechanism as distinct from simply legislating against alienation.

The contractual provisions cannot be enforced against strangers to the contract. Section 16 clearly applies to CMHC but not to the mortgagors, let alone third parties. CMHC's remedies are contractual, either under the terms of the operating agreements or under the terms of its mortgages. Any sale, judicial or otherwise, can only sell the property subject to the mortgages.

Parliament spoke in terms of contracts and mortgages and did intend to create restraints inconsistent with provincial property law, the common law and the Torrens system. The underlying constitutional context suggests that s. 16 should be interpreted so that it does not impliedly prohibit the transactions in question. If s. 16 were to prohibit the sale or encumbrance of properties mortgaged to CMHC, then it would be a statutory restraint on alienation altering the common law rule that restraints on alienation are void. Parliament has no jurisdiction to legislate with respect to property and civil rights in a province. By requiring the arrangements to be created by contract, Parliament avoided any doubts about the validity of s. 16.

SCHL conserve le droit d'exiger le remboursement anticipé du prêt ou d'augmenter les taux d'intérêt parce que les conditions de l'accord d'exploitation sont incorporées dans les actes d'hypothèque. Même si le redressement d'*equity* sollicité par Hongkong lui était accordé, la SCHL ne se trouverait pas sans recours pour la violation de ses accords d'exploitation.

Les hypothèques de second rang et les contrats de vente de 1988 n'étaient pas interdits par la *Loi nationale de 1954 sur l'habitation* et ne constituent donc pas des contrats illégaux. L'alinéa 16(4)g n'interdisait pas expressément ou implicitement ces opérations et n'imposait pas une restriction à l'aliénation. Il ne faisait qu'exiger que la SCHL obtienne des restrictions contractuelles à l'aliénation. Interpréter l'art. 16 comme imposant à l'aliénation une restriction implicite aurait pour effet de priver Hongkong de ses hypothèques, et les acquéreurs de 1988 de leur titre de propriété, en l'absence de consentement de la part de la SCHL. Si le Parlement avait voulu que les dispositions de la Loi ait un effet extracontractuel, il n'aurait pas prévu le recours au contrat plutôt que de simplement légiférer pour interdire l'aliénation.

Les dispositions contractuelles ne sont pas opposables aux tiers étrangers au contrat. L'article 16 s'applique manifestement à la SCHL, mais non aux débiteurs hypothécaires ni, à plus forte raison, aux tiers. Les recours de la SCHL sont contractuels et sont fondés soit sur les accords d'exploitation, soit sur les conditions de ses actes d'hypothèque. Le bien ne peut être vendu, judiciairement ou autrement, qu'en demeurant assujéti aux hypothèques.

Le Parlement a parlé de contrats et d'hypothèques et a voulu effectivement imposer des restrictions incompatibles avec le droit provincial en matière de biens, la common law et le système Torrens. Le contexte constitutionnel sous-jacent laisse supposer qu'il y a lieu d'interpréter l'art. 16 de manière à ce qu'il n'interdise pas implicitement les opérations en question. Si l'article 16 interdisait de vendre des propriétés faisant l'objet d'hypothèques consenties à la SCHL ou de les grever d'une charge quelconque, il imposerait une restriction à l'aliénation, qui viendrait modifier la règle de common law selon laquelle les restrictions imposées à l'aliénation sont nulles. Le Parlement n'a pas le pouvoir de légiférer relativement à la propriété et aux droits civils dans une province. En exigeant que les arrangements soient pris par contrat, le Parlement a évité que la validité de l'art. 16 ne soit mise en doute.

The second mortgages were not *ultra vires* the corporate powers of Town House and Wellington. Both companies were still subject to the corporate *ultra vires* doctrine when the second mortgages were incurred. That the Articles of Continuance stated that the businesses to be carried on by the corporations were subject to the provisions of the *National Housing Act* was not sufficient to find the sale agreements or mortgages *ultra vires*. Both companies' objects did not expressly authorize them to grant second mortgages but that power is normally given by the statute. Furthermore, the ability to raise funds by making second mortgages on the companies' property was sufficiently incidental to their objects. Lastly, CMHC was not seeking to use the *ultra vires* doctrine to protect its position as a creditor, but rather to maintain control over Town House and Wellington. This is an improper use of the *ultra vires* doctrine.

The declaration in the chamber judge's formal judgment which entitled 1988 purchasers to pay off the first mortgages and redeem should be deleted. The policy against restraints on alienation does not render such provisions unenforceable for all purposes. Contractual provisions are simply ineffective to prevent the owner of land from conveying a good title to a purchaser but other *in personam* remedies remain available. The Crown is not immune from the rule against restraints on alienation. Even though the impugned provisions are not enforceable to prevent the transfer of a good title to the purchasers, non-compliance constitutes a breach of the agreement which triggers other remedies which the mortgagee has under the mortgage. Clause 12 of the operating agreements, which is incorporated into the mortgages, provided for the acceleration of the loan and increase of interest payments in the event of a breach. This remedy is available to the appellant because of the breach occasioned by the 1988 and 1989 sales.

The Wellington mortgage did not provide for any right of prepayment. It can only be repaid by payments over the loan period. Any discretion of the Court to allow prepayment in the absence of a prepayment clause should not be exercised here.

Les hypothèques de second rang n'excédaient pas les pouvoirs des sociétés Town House et Wellington. La théorie de l'excès de pouvoir par une personne morale s'appliquait toujours aux deux sociétés au moment où les hypothèques de second rang ont été consenties. Le fait que les statuts de prorogation stipulent que les entreprises à exploiter par les sociétés en question sont assujetties aux dispositions de la *Loi nationale sur l'habitation* n'est pas suffisant pour conclure que les contrats de vente ou les hypothèques constituent un excès de pouvoir. Les objets des deux sociétés ne les autorisent pas expressément à consentir des hypothèques de second rang, mais ce pouvoir est normalement conféré par la loi. De plus, la capacité de réunir des fonds en consentant des hypothèques de second rang grevant les biens des sociétés est suffisamment accessoire par rapport à leurs objets. Enfin, la SCHL ne cherche pas à recourir à la théorie de l'excès de pouvoir pour se protéger en sa qualité de créancière; au contraire, elle veut l'invoquer pour garder le contrôle sur Town House et Wellington. Il s'agit là d'un usage illégitime de cette théorie.

Il y a lieu de supprimer la déclaration figurant dans le jugement formel du juge en chambre, qui reconnaît aux acquéreurs de 1988 le droit de purger les hypothèques de premier rang et de les racheter. La politique interdisant les restrictions de l'aliénation ne rend pas ces dispositions inexécutoires à quelque fin que ce soit. Les dispositions d'un contrat n'ont tout simplement pas pour effet d'empêcher le propriétaire d'un bien-fonds de transmettre un titre de propriété valable à un acheteur, mais d'autres recours personnels demeurent possibles. La Couronne n'est pas à l'abri de la règle interdisant les restrictions de l'aliénation. Bien que les dispositions attaquées ne puissent s'appliquer de manière à empêcher le transfert d'un titre de propriété valable aux acquéreurs, leur non-respect constitue une violation de l'accord qui déclenche l'exercice d'autres recours dont dispose le créancier hypothécaire en vertu de l'hypothèque. La clause 12 des accords d'exploitation, qui a été incorporée dans les actes d'hypothèque, prévoit le remboursement anticipé du capital et l'augmentation du taux d'intérêt en cas de violation. Il s'agit d'un recours dont peut se prévaloir l'appelante en raison de la violation que représentent les ventes effectuées en 1988 et en 1989.

L'hypothèque de Wellington ne prévoit aucun droit de remboursement anticipé. Elle ne peut être remboursée qu'au moyen des paiements étalés sur la durée du prêt. Il n'y a pas lieu pour la Cour d'exercer, en l'espèce, tout pouvoir discrétionnaire qu'elle peut avoir de permettre le remboursement anticipé en l'absence d'une clause de remboursement anticipé.

The Town House prepayment clause applied only when the mortgagor was not in default. In selling the properties the mortgagor committed an act of default under the agreement, and therefore under the mortgage, because the agreement formed part of the mortgage. This default, while not that of the purchasers, disentitled anyone seeking to repay the mortgage while the default continued.

Dans le cas de Town House, la clause de remboursement anticipé ne s'applique que si la débitrice hypothécaire n'est pas en défaut. En vendant les propriétés en cause, la débitrice hypothécaire s'est mise en défaut de la manière prévue à l'accord et, par conséquent, dans l'acte d'hypothèque du fait que l'accord fait partie de l'acte d'hypothèque. Bien qu'il ne soit pas le fait des acquéreurs, ce manquement vient empêcher le remboursement de l'hypothèque par qui que ce soit tant qu'il continue d'exister.

The contractual postponement of the right to redeem because of the mortgagor's being given a long period within which to pay and the absence of a prepayment clause cannot be characterized as a clog on the equity of redemption.

On ne saurait qualifier d'entraves à l'exercice du droit de rachat le report, par stipulation contractuelle, de l'exercice du droit de purge du fait que le débiteur hypothécaire se voit accorder une longue échéance de paiement, et l'absence d'une clause de remboursement anticipé.

Cases Cited

Distinguished: *Re Valley Vu Realty (Ottawa) Ltd. and Victoria & Grey Trust Co.* (1984), 44 O.R. (2d) 526 (H.C.), aff'd (1984), 47 O.R. (2d) 544n (C.A.); *Colonial & Home Fuel Distributors Ltd. v. Skinners' Ltd.* (1963), 39 D.L.R. (2d) 579 (Man. Q.B.), aff'd (1963), 46 D.L.R. (2d) 695 (Man. C.A.), aff'd [1964] S.C.R. v; *In re Introductions Ltd.*, [1970] Ch. 199; **referred to:** *Moody v. Cox*, [1917] 2 Ch. 71; *Chapman v. Michaelson*, [1909] 1 Ch. 238; *Tito v. Waddell (No. 2)*, [1977] Ch. 106; *Sara v. Sara* (1962), 36 D.L.R. (2d) 499; *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550; *Re MacDonald and Law Society of Manitoba* (1975), 54 D.L.R. (3d) 372; *Campbell v. Campbell*, 300 N.Y.S. 760 (1937); *Mills v. Mills*, 179 A. 5 (1935); *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388; *Attorney-General v. Great Eastern Railway Co.* (1880), 5 App. Cas. 473; *Bell Houses Ltd. v. City Wall Properties Ltd.*, [1966] 2 Q.B. 656; *In re New Finance and Mortgage Co.*, [1975] Ch. 420; *In re Patent File Co.* (1870), L.R. 6 Ch. 83; *General Auction Estate and Monetary Co. v. Smith*, [1891] 3 Ch. 432; *Canada Permanent Trust Co. v. King's Bridge Apartments Ltd.* (1984), 8 D.L.R. (4th) 152 (Nfld. C.A.), rev'g on other grounds (1982), 24 R.P.R. 32 (Nfld. S.C.); *Paul v. Paul* (1921), 50 O.L.R. 211; *Re Bahnsen and Hazelwood* (1960), 23 D.L.R. (2d) 76; *Garnet Lane Developments Ltd. v. Webster* (1986), 43 R.P.R. 138; *Knightsbridge Estates Trust, Ltd. v. Byrne*, [1938] 4 All E.R. 618.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts: *Re Valley Vu Realty (Ottawa) Ltd. and Victoria & Grey Trust Co.* (1984), 44 O.R. (2d) 526 (H.C.), conf. par (1984), 47 O.R. (2d) 544n (C.A.); *Colonial & Home Fuel Distributors Ltd. c. Skinners' Ltd.* (1963), 39 D.L.R. (2d) 579 (B.R. Man.), conf. par (1963), 46 D.L.R. (2d) 695 (C.A. Man.), conf. par [1964] R.C.S. v; *In re Introductions Ltd.*, [1970] Ch. 199; **arrêts mentionnés:** *Moody c. Cox*, [1917] 2 Ch. 71; *Chapman c. Michaelson*, [1909] 1 Ch. 238; *Tito c. Waddell (No. 2)*, [1977] Ch. 106; *Sara c. Sara* (1962), 36 D.L.R. (2d) 499; *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550; *Re MacDonald and Law Society of Manitoba* (1975), 54 D.L.R. (3d) 372; *Campbell c. Campbell*, 300 N.Y.S. 760 (1937); *Mills c. Mills*, 179 A. 5 (1935); *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 R.C.S. 388; *Attorney-General c. Great Eastern Railway Co.* (1880), 5 App. Cas. 473; *Bell Houses Ltd. c. City Wall Properties Ltd.*, [1966] 2 Q.B. 656; *In re New Finance and Mortgage Co.*, [1975] Ch. 420; *In re Patent File Co.* (1870), L.R. 6 Ch. 83; *General Auction Estate and Monetary Co. c. Smith*, [1891] 3 Ch. 432; *Canada Permanent Trust Co. c. King's Bridge Apartments Ltd.* (1984), 8 D.L.R. (4th) 152 (C.A.T.-N.), inf. pour d'autres motifs (1982), 24 R.P.R. 32 (S.C.T.-N.); *Paul c. Paul* (1921), 50 O.L.R. 211; *Re Bahnsen and Hazelwood* (1960), 23 D.L.R. (2d) 76; *Garnet Lane Developments Ltd. c. Webster* (1986), 43 R.P.R. 138; *Knightsbridge Estates Trust, Ltd. c. Byrne*, [1938] 4 All E.R. 618.

Statutes and Regulations Cited

- Act to amend the National Housing Act, 1954*, S.C. 1968-69, c. 45, s. 7.
- Alberta Rules of Court*, Rule 505(3).
- Business Corporations Act*, S.A. 1981, c. B-15, ss. 15(1), 18, 117(2).
- Chancery Act* (U.K.), 13 & 14 Vict., c. 35.
- Companies Act*, R.S.A. 1955, c. 53, s. 19(h).
- Companies Act*, R.S.A. 1980, c. C-20, s. 20(1)(h).
- Constitution Act, 1867*, s. 92.
- Land Titles Act*, R.S.A. 1980, c. L-5, s. 62(1).
- Law of Property Act*, R.S.A. 1980, c. L-8, s. 43.
- National Housing Act*, R.S.C., 1985, c. N-11, ss. 2 "limited-dividend housing company", 26(3)(b).
- National Housing Act, 1954*, S.C. 1953-54, c. 23 s. 16(3)(k) [rep. & sub. 1968-69, c. 45, s. 7], (4)(g) [idem], (h) [idem].
- Quia Emptores*, 1290 (Eng.), 18 Edw. I, c. 1.
- Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, Rule 29 [am. SOR/88-247, s. 10].
- Supreme Court of Judicature Act, 1873* (U.K.), 36 & 37 Vict., c. 66.

Authors Cited

- Cheshire, Geoffrey Chevalier. *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 12th ed. By M. P. Furmston. London: Butterworths, 1991.
- Gower, Laurence Cecil Bartlett. *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979.
- Meagher, R. P., W. M. C. Gummow and J. R. F. Lehane. *Equity — Doctrines and Remedies*, 2nd ed. Sydney: Butterworths, 1984.
- Palmer, Francis Beaufort, Sir. *Palmer's Company Law*, vol. 1, 24th ed. Clive M. Schmitthoff, ed. London: Stevens & Sons, 1987.
- Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1988.
- Stevenson, W. A., and J. E. Côté. *Civil Procedure Guide*. Edmonton: Juriliber, 1989.
- Zamir, Itzhak. *The Declaratory Judgment*. London: Sweet & Maxwell, 1986.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1990), 77 Alta. L.R. (2d) 149, 111 A.R. 42, 75 D.L.R. (4th) 307, 14 R.P.R. (2d) 1 and (1991), 78 Alta. L.R. (2d) 236, 112 A.R. 85, 75 D.L.R. (4th) 561, dismissing an appeal from a judgment of Veit J. rendered December 13, 1989, allowing an appeal from an order of Master Quinn

Lois et règlements cités

- Alberta Rules of Court*, art. 505(3).
- Business Corporations Act*, S.A. 1981, ch. B-15, art. 15(1), 18, 117(2).
- Chancery Act* (R.-U.), 13 & 14 Vict., ch. 35.
- Companies Act*, R.S.A. 1955, ch. 53, art. 19h).
- Companies Act*, R.S.A. 1980, ch. C-20, art. 20(1)h).
- Land Titles Act*, R.S.A. 1980, ch. L-5, art. 62(1).
- Law of Property Act*, R.S.A. 1980, ch. L-8, art. 43.
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92.
- Loi modifiant la Loi nationale de 1954 sur l'habitation*, S.C. 1968-69, ch. 45, art. 7.
- Loi nationale de 1954 sur l'habitation*, S.C. 1953-54, ch. 23, art. 16(3)k [abr. & rempl. 1968-69, ch. 45, art. 7], (4)g [idem], h [idem].
- Loi nationale sur l'habitation*, L.R.C. (1985), ch. N-11, art. 2 «société immobilière à dividendes limités», 26(3)b).
- Quia Emptores*, 1290 (Angl.), 18 Edw. I, ch. 1.
- Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, art. 29 [mod. DORS/88-247, art. 10].
- Supreme Court of Judicature Act, 1873* (R.-U.), 36 & 37 Vict., ch. 66.

e Doctrine citée

- Cheshire, Geoffrey Chevalier. *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 12th ed. By M. P. Furmston. London: Butterworths, 1991.
- Gower, Laurence Cecil Bartlett. *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979.
- Meagher, R. P., W. M. C. Gummow and J. R. F. Lehane. *Equity — Doctrines and Remedies*, 2nd ed. Sydney: Butterworths, 1984.
- Palmer, Francis Beaufort, Sir. *Palmer's Company Law*, vol. 1, 24th ed. Clive M. Schmitthoff, ed. London: Stevens & Sons, 1987.
- Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1988.
- Stevenson, W. A., and J. E. Côté. *Civil Procedure Guide*. Edmonton: Juriliber, 1989.
- Zamir, Itzhak. *The Declaratory Judgment*. London: Sweet & Maxwell, 1986.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1990), 77 Alta. L.R. (2d) 149, 111 A.R. 42, 75 D.L.R. (4th) 307, 14 R.P.R. (2d) 1 et (1991), 78 Alta. L.R. (2d) 236, 112 A.R. 85, 75 D.L.R. (4th) 561, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Veit rendu le 13 décembre 1989, qui avait accueilli l'appel interjeté contre une ordon-

(1989), 67 Alta. L.R. (2d) 337, 99 A.R. 94, 8 R.P.R. (2d) 189, dismissing an application to sell the property. Appeal allowed in part.

Francis C. R. Price, Wesley M. Pedruski and Kent N. Bilton, for the appellant.

Dennis F. Pawlowski and Douglas L. Kennedy, for the respondent Hongkong Bank of Canada.

Donald J. Boyer, Q.C., and Michael R. Kinash, for the respondents 375069 Alberta Ltd., 386360 Alberta Ltd. and 376491 Alberta Ltd.

Robert L. Duke, Q.C., and Lorne A. Smart, for the respondents Town House Development Ltd., Wellington Housing Developments Ltd. and Wheeler Holdings Ltd.

John A. Weir, Q.C., for the respondents Kate Wheeler, Pamela K. Wheeler, George L. Wheeler, Lois Anderson and Patricia May Kirk.

Françoise Saint-Martin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—The main issue in this appeal is whether the appellant mortgagee can successfully impeach a subsequent mortgage and sale on the basis of statutorily mandated contractual terms prohibiting a sale or disposition of the mortgaged property. An affirmative answer to this question would raise a constitutional issue with respect to the *vires* of Parliament to legislate this result. The appeal also raises the issues of corporate *ultra vires* and the validity of covenants in restraint of alienation of real property.

The Facts

The respondents Town House Development Ltd. (“Town House”) and Wellington Housing Develop-

nance du protonotaire Quinn (1989), 67 Alta. L.R. (2d) 337, 99 A.R. 94, 8 R.P.R. (2d) 189, rejetant une requête en vue de vendre le bien-fonds. Pourvoi accueilli en partie.

Francis C. R. Price, Wesley M. Pedruski et Kent N. Bilton, pour l’appelante.

Dennis F. Pawlowski et Douglas L. Kennedy, pour l’intimée la Banque Hongkong du Canada.

Donald J. Boyer, c.r., et Michael R. Kinash, pour les intimées 375069 Alberta Ltd., 386360 Alberta Ltd. et 376491 Alberta Ltd.

Robert L. Duke, c.r., et Lorne A. Smart, pour les intimées Town House Development Ltd., Wellington Housing Developments Ltd. et Wheeler Holdings Ltd.

John A. Weir, c.r., pour les intimés Kate Wheeler, Pamela K. Wheeler, George L. Wheeler, Lois Anderson et Patricia May Kirk.

Françoise Saint-Martin, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—La question principale dans le présent pourvoi est de savoir si la créancière hypothécaire appelante peut contester avec succès une hypothèque et une vente subséquentes en invoquant des conditions contractuelles, prescrites par une loi, interdisant la vente ou l’aliénation du bien hypothéqué. Une réponse affirmative à cette question soulèverait une question constitutionnelle concernant la compétence du Parlement pour légiférer de manière à produire un tel résultat. Se posent également dans ce pourvoi les questions de l’excès de pouvoir commis par une personne morale et de la validité de clauses restrictives de l’aliénation de biens immeubles.

Les faits

Les intimées Town House Development Ltd. («Town House») et Wellington Housing Develop-

opments Ltd. ("Wellington") are "limited-dividend housing companies", as defined by the *National Housing Act*, R.S.C., 1985, c. N-11, s. 2:

"limited-dividend housing company" means a company incorporated to construct, hold and manage a low-rental housing project, the dividends payable by which are limited by the terms of its charter or instrument of incorporation to five per cent per annum or less;

Town House and Wellington were originally incorporated under *The Companies Act*, R.S.A. 1955, c. 53. The memoranda of association of Town House and Wellington state that the objects of the companies "are subject to the provisions to the National Housing Act, 1954, and amendments thereto".

In 1956 and 1958, the appellant Canada Mortgage and Housing Corporation ("CMHC") loaned money to Town House and Wellington to build and operate two low-rental housing projects in Edmonton. The loans were secured by first mortgages at low rates of interest of 3 1/2% and 4 1/4% per annum respectively. The "term of the loan" was defined in the mortgage as being "the period ending forty years after the project completion date, whether or not the loan shall have been earlier repaid, (which the Corporation [CMHC] hereby declares to be a term not exceeding the useful life of the project)". The Town House mortgage has a prepayment provision, which is available only when the mortgagor is not in default. The Wellington mortgage does not contain a prepayment provision. Both mortgages provide that their terms are "in addition to those granted or implied by statute", and that the mortgages are made pursuant to the *National Housing Act*, 1954, S.C. 1953-54, c. 23.

Along with the mortgages, CMHC entered into operating agreements with both Town House and

ments Ltd. («Wellington») sont des «sociétés immobilières à dividendes limités» au sens de la définition figurant dans *Loi nationale sur l'habitation*, L.R.C. (1985), ch. N-11, art. 2:

a «société immobilière à dividendes limités» Personne morale constituée pour construire, détenir et administrer un ensemble d'habitation HLM et dont les dividendes ne peuvent, aux termes de ses statuts ou de son acte constitutif, être supérieurs à cinq pour cent l'an.

Town House et Wellington ont été initialement constituées en personnes morales sous le régime de *The Companies Act*, R.S.A. 1955, ch. 53. D'après leurs actes constitutifs respectifs, les objets des deux sociétés [TRADUCTION] «sont assujettis aux dispositions de la Loi nationale de 1954 sur l'habitation et ses modifications».

d En 1956 et en 1958, l'appelante la Société canadienne d'hypothèques et de logement («SCHL») a prêté à Town House et à Wellington des fonds pour la construction et l'exploitation de deux ensembles d'habitation HLM à Edmonton. Ces prêts étaient garantis par des hypothèques de premier rang à faible taux d'intérêt, soit 3,5 pour 100 par année dans le premier cas et 4,25 pour 100 par année dans le second. La [TRADUCTION] «durée du prêt» était définie dans l'acte d'hypothèque comme [TRADUCTION] «la période se terminant quarante ans après la date de l'achèvement des travaux de construction, que le prêt soit ou non remboursé avant l'échéance, (période que la Société [la SCHL] déclare par les présentes ne pas être plus longue que la vie utile de l'ensemble d'habitation)». L'hypothèque consentie par Town House comprend une clause de remboursement anticipé, dont la débitrice hypothécaire ne peut se prévaloir que si elle n'est pas en défaut. L'hypothèque de Wellington ne comporte pas de clause de remboursement anticipé. Les deux actes d'hypothèque stipulent que leurs conditions [TRADUCTION] «s'ajoutent à celles expressément ou implicitement prévues par un texte légal», et que les hypothèques sont assujetties à la *Loi nationale de 1954 sur l'habitation*, S.C. 1953-54, ch. 23.

j Parallèlement aux hypothèques, la SCHL a conclu avec Town House et Wellington des accords

Wellington. The operating agreements include terms mandated by s. 16(4)(g) of the *National Housing Act, 1954*:

16. ...

(4) A contract with a limited-dividend housing company entered into under this section shall provide that

...

(g) except with the consent of the Corporation [CMHC] and on such terms and conditions as the Corporation may approve the project or any part thereof shall not be sold or otherwise disposed of during the term of the loan;

Accordingly, the operating agreements prohibit the mortgage or sale of the projects without the approval of CMHC. The relevant paragraphs of these agreements are as follows:

1. DEFINITIONS

...

(iv) "The term of the loan" shall be the period ending forty years after the project completion date, whether or not the loan shall have been earlier repaid, (which the Corporation hereby declares to be a term not exceeding the useful life of the project).

4. PROHIBITION AGAINST ENCUMBRANCES

The project, or any part thereof, so long as there shall be any part of the loan or interest thereon remaining unpaid, shall not be mortgaged, charged or otherwise encumbered other than by a first mortgage in favour of the Corporation, without the approval of the Corporation.

12. DEFAULT

The Corporation shall have the right, in the event of the Borrower failing to maintain the low-rental character of the project or otherwise committing a breach of this agreement, to declare the unpaid principal of the loan due and payable forthwith or to increase the interest payable thereafter on the unpaid balance of the said loan to such rate as the Governor in Council may determine.

d'exploitation qui contiennent notamment des conditions prescrites par l'al. 16(4)(g) de la *Loi nationale de 1954 sur l'habitation*:

a 16. ...

(4) Un contrat passé avec une compagnie de logement à dividendes limités, sous le régime du présent article, doit renfermer les stipulations suivantes:

b

...

g) sauf du consentement de la Société [la SCHL] et aux conditions qu'elle peut approuver, le projet, non plus qu'une partie de celui-ci, ne doit être vendu ni autrement aliéné pendant la durée du prêt;

Les accords d'exploitation interdisent donc d'hypothéquer ou de vendre les ensembles d'habitation sans l'approbation de la SCHL. Les dispositions pertinentes de ces accords sont les suivantes:

[TRADUCTION] 1. DÉFINITIONS

e

...

(iv) «La durée du prêt» est la période se terminant quarante ans après la date de l'achèvement des travaux de construction, que le prêt soit ou non remboursé avant l'échéance, (période que la Société déclare par les présentes ne pas être plus longue que la vie utile de l'ensemble d'habitation).

4. INTERDICTION DES CHARGES

g

Tant que restera impayée une partie quelconque du prêt ou des intérêts, ni l'ensemble d'habitation ni aucune partie de celui-ci ne doit, sans l'approbation de la Société, être grevé d'une autre charge autre qu'une hypothèque de premier rang consentie à la Société.

h

12. INEXÉCUTION

La Société a le droit, si l'emprunteur ne maintient pas le caractère HLM de l'ensemble d'habitation ou commet quelque autre violation du présent accord, de déclarer dû et exigible immédiatement le capital impayé du prêt ou de porter au taux supérieur que peut fixer le gouverneur en conseil l'intérêt désormais payable sur le solde impayé dudit prêt.

16. SALE OF PROJECT

The project or any part thereof shall not be sold or otherwise disposed of during the term of the loan except with the consent of the Corporation and on such terms and conditions as the Corporation may approve.

The mortgages adopt the terms of the operating agreements, providing that the operating agreements form part of the mortgages and that breach of the operating agreements constitutes breach of the mortgages. In other words, sale or encumbrance of the properties without CMHC's consent would constitute both breach of the operating agreements and default of the mortgages.

In 1981, the Bank of British Columbia loaned \$3 million to Town House and Wellington, along with the respondent Wheeler Holdings Ltd. ("Wheeler"). The loan was secured by second mortgages on the projects and was personally guaranteed by the respondents Pamela K. Wheeler, Lois Anderson, Kate Wheeler, George L. Wheeler and Patricia May Kirk (all of whom are related). CMHC did not consent to the second mortgages. This mortgage was among the assets purchased by the respondent Hongkong Bank of Canada ("Hongkong") from the Bank of British Columbia in 1986.

In February 1982, Alberta adopted a new corporate law regime when the Alberta *Business Corporations Act*, S.A. 1981, c. B-15, was proclaimed in force. The new regime required companies incorporated under the *Companies Act*, R.S.A. 1980, c. C-20, to obtain continuances under the Alberta *Business Corporations Act* within prescribed times. Pursuant to these requirements, Wellington was continued under the Alberta *Business Corporations Act* in June 1985. Town House was continued in February 1986.

In 1988, Town House and Wellington agreed to sell the projects ("1988 sales") to the respondents 375069 Alberta Ltd. and 386360 Alberta Ltd. ("1988 purchasers"). The 1988 purchasers are

16. VENTE DE L'ENSEMBLE D'HABITATION

L'ensemble d'habitation ne doit, ni en totalité ni en partie, être vendu ou autrement aliéné pendant la durée du prêt, si ce n'est avec le consentement de la Société et aux conditions qu'elle peut approuver.

Les actes d'hypothèque reprennent les conditions des accords d'exploitation, en prévoyant que ces derniers font partie des hypothèques et que la violation des accords d'exploitation constitue une violation des hypothèques. Autrement dit, si les propriétés étaient vendues ou grevées d'une charge sans le consentement de la SCHL, il y aurait violation à la fois des accords d'exploitation et des conditions des hypothèques.

En 1981, la Banque de la Colombie-Britannique a prêté la somme de trois millions de dollars à Town House et à Wellington ainsi qu'à l'intimée Wheeler Holdings Ltd. («Wheeler»). Ce prêt était garanti par des hypothèques de second rang grevant les ensembles d'habitation et, personnellement, par les intimés Pamela K. Wheeler, Lois Anderson, Kate Wheeler, George L. Wheeler et Patricia May Kirk (tous apparentés). La SCHL n'a pas consenti aux hypothèques de second rang, lesquelles figuraient parmi l'actif que l'intimée la Banque Hongkong du Canada («Hongkong») a acheté à la Banque de la Colombie-Britannique en 1986.

En février 1982, l'Alberta a adopté un nouveau régime de droit des sociétés au moment de la promulgation de la *Business Corporations Act* de l'Alberta, S.A. 1981, ch. B-15. Sous ce nouveau régime, les sociétés constituées en vertu de la *Companies Act*, R.S.A. 1980, ch. C-20, étaient tenues d'obtenir, dans les délais prescrits, des prorogations en vertu de la *Business Corporations Act* de l'Alberta. Conformément à ces exigences, Wellington a été prorogée en vertu de la *Business Corporations Act* de l'Alberta en juin 1985 et Town House l'a été en février 1986.

En 1988, Town House et Wellington ont convenu de vendre les ensembles d'habitation («ventes de 1988») aux intimées 375069 Alberta Ltd. et 386360 Alberta Ltd. («acquéreurs de

owned and controlled by one person, John Ryan. Ryan is married to the respondent Pamela K. Wheeler who is one of the guarantors of the Bank of British Columbia mortgage and a sister to the two directors of Town House and Wellington, George L. Wheeler and Patricia May Kirk. CMHC did not consent to these sales. The 1988 sale agreements provided that title would be given to the 1988 purchasers free and clear of obligations under the CMHC operating agreements, and provided for liquidated damages if such title could not be given. These sale agreements also contained a provision expressly negating and rejecting the covenants implied by s. 62(1) of the Alberta *Land Titles Act*, R.S.A. 1980, c. L-5, with the result that the transferees did not assume the obligations under the mortgage.

In 1989, Hongkong began an action to foreclose on its second mortgages. Hongkong proposed a judicial sale of the projects ("1989 sale") to yet another numbered company owned by Ryan, namely the respondent 376491 Alberta Ltd. ("1989 purchaser"). The 1989 sale agreements provided that the 1989 purchaser would get title subject to the CMHC mortgages but free and clear of the terms of the CMHC operating agreements.

Hongkong sought approval of the 1989 sale from the Alberta Court of Queen's Bench, but on June 20, 1989 a Master refused this approval: 67 Alta. L.R. (2d) 337, 99 A.R. 94, 8 R.P.R. (2d) 189. Hongkong appealed this finding to a chambers judge, and the 1988 purchasers commenced an action seeking a declaration that they were owners of the projects under the 1988 sale agreements and that they were not bound by the CMHC operating agreements. The appeal and the actions were heard together by the chambers judge. On December 13, 1989, the 1989 sale was approved by the chambers judge and the 1988 purchasers were granted the

1988»). Les acquéreurs de 1988 appartiennent à une seule personne, John Ryan, qui en a également le contrôle. Ryan est l'époux de l'intimée Pamela K. Wheeler, l'un des garants du prêt hypothécaire consenti par la Banque de la Colombie-Britannique et sœur de George L. Wheeler et de Patricia May Kirk, les deux administrateurs de Town House et de Wellington. La SCHL n'a pas consenti à ces ventes. Les contrats de vente de 1988 stipulaient que les acquéreurs de 1988 recevraient un titre de propriété libre et quitte de toute obligation découlant des accords d'exploitation de la SCHL et prévoyaient le paiement de dommages-intérêts conventionnels au cas où un tel titre ne pourrait pas être accordé. Ces contrats de vente renfermaient également une clause qui écartait expressément les engagements implicites prévus au par. 62(1) de la *Land Titles Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, ch. L-5, de sorte que les cessionnaires n'ont pas assumé les obligations découlant de l'hypothèque.

En 1989, Hongkong a intenté une action en foreclosure à l'égard de ses hypothèques de second rang. Elle a proposé que les ensembles d'habitation soient vendus judiciairement («vente de 1989») à encore une autre société à numéro appartenant à Ryan, savoir l'intimée 376491 Alberta Ltd. («acquéreur de 1989»). Les contrats de vente de 1989 prévoyaient que l'acquéreur de 1989 obtiendrait un titre de propriété grevé des hypothèques de la SCHL, mais libre et quitte des conditions des accords d'exploitation de cette dernière.

Hongkong a demandé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta d'approuver la vente de 1989, mais, le 20 juin 1989, un notaire a refusé l'approbation: 67 Alta. L.R. (2d) 337, 99 A.R. 94, 8 R.P.R. (2d) 189. Hongkong a porté cette décision en appel devant un juge en chambre et les acquéreurs de 1988 ont intenté une action en vue de se faire déclarer propriétaires des ensembles d'habitation en vertu des contrats de vente de 1988 et de se faire déclarer en outre non liés par les accords d'exploitation de la SCHL. L'appel et les actions ont été entendus ensemble par le juge en chambre. Le 13 décembre 1989, la vente de 1989 a reçu

declaration they requested. Appeals were launched by CMHC in respect of each proceeding.

CMHC's appeal to the Alberta Court of Appeal was dismissed on November 15, 1990: 77 Alta. L.R. (2d) 149, 111 A.R. 42, 75 D.L.R. (4th) 307, 14 R.P.R. (2d) 1. A further order as to costs was made on January 4, 1991, in which the court awarded solicitor and client costs to CMHC and Hongkong: 78 Alta. L.R. (2d) 236, 112 A.R. 85, 75 D.L.R. (4th) 561.

Lower Court Judgments

Alberta Court of Queen's Bench (Master Quinn)

After a review of the facts, the Master noted that the effect of granting the order sought by Hongkong, which included a declaration that the provisions of the operating agreements preventing sale and encumbrance were unenforceable and void, would be that the 1989 purchaser would no longer be obliged to operate the projects as low-rental housing. The submissions in support of the desired order relied on *Canada Permanent Trust Co. v. King's Bridge Apartments Ltd.* (1982), 24 R.P.R. 32 (Nfld. S.C.), which held that a covenant in a mortgage prohibiting dealing with the property without consent of the mortgagee was void as a restraint on alienation. The statute of *Quia Emptores* of 1290, 18 Edw. I, c. 1, had established that fee simple is alienable property. The Master cited several authors for the proposition that restraint on alienation means a limitation on the free use of property by the new owner of property.

The Master reviewed several cases where restraints which were held to be invalid were contained in the document which conveyed fee simple, not in some other contract to which the landowner was a party. He stated that he was not convinced that *King's Bridge* was correct and he

l'approbation de ce dernier et les acquéreurs de 1988 se sont vu accorder le jugement déclaratoire demandé. La SCHL a interjeté appel à l'égard de chacune des procédures en question.

L'appel de la SCHL à la Cour d'appel de l'Alberta a été rejeté le 15 novembre 1990: 77 Alta. L.R. (2d) 149, 111 A.R. 42, 75 D.L.R. (4th) 307, 14 R.P.R. (2d) 1. Dans une ordonnance supplémentaire relative aux dépens, rendue le 4 janvier 1991, la cour a accordé à la SCHL et à Hongkong leurs dépens comme entre avocat et client: 78 Alta. L.R. (2d) 236, 112 A.R. 85, 75 D.L.R. (4th) 561.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (le protonotaire Quinn)

Après avoir examiné les faits, le protonotaire a constaté que, dans l'hypothèse où serait rendue l'ordonnance sollicitée par Hongkong, qui déclarerait notamment inexécutoires et nulles les dispositions des accords d'exploitation qui empêchaient la vente et la constitution de charges, l'acquéreur de 1989 ne serait plus tenu d'exploiter à titre de HLM les logements composant les ensembles d'habitation. Les arguments avancés à l'appui de la demande d'ordonnance reposaient sur la décision *Canada Permanent Trust Co. c. King's Bridge Apartments Ltd.* (1982), 24 R.P.R. 32 (C.S.T.-N.), dans laquelle une clause d'un acte d'hypothèque interdisant que le bien en cause fasse l'objet d'une opération quelconque sans le consentement du créancier hypothécaire a été jugée nulle parce qu'elle imposait une restriction à l'aliénation. Or, la loi *Quia Emptores* de 1290, 18 Edw. I, ch. 1, avait établi qu'un fief simple constitue un bien aliénable. Le protonotaire a cité plusieurs auteurs à l'appui de la proposition selon laquelle la restriction de l'aliénation revient à limiter la libre jouissance du bien par son nouveau propriétaire.

Le protonotaire a examiné plusieurs décisions dans lesquelles les restrictions déclarées invalides figuraient dans l'acte translatif de la propriété en fief simple et non pas dans un autre contrat auquel le propriétaire foncier était partie. Se disant non convaincu de la justesse de la décision *King's*

refused to follow it. The Master distinguished another case in which the restraints had been contained in the sale agreement and not in a mortgage. The Master also rejected an argument that the provisions in the CMHC mortgages should be held void as clogs on the equity of redemption, holding that these arguments were premature.

As a result, the Master dismissed the application. The Master ordered Hongkong to pay CMHC's costs, but refused to award costs to any other parties.

Alberta Court of Queen's Bench (Veit J.)

The chambers judge rendered judgment orally. After reviewing the facts and the parties' submissions, which for the first time raised the issue of the constitutional validity of the *National Housing Act*, the chambers judge stated that she generally accepted the arguments of those opposing the restrictions and rejected CMHC's arguments. Turning first to statutory interpretation, it was noted that the competent legislature can change the common law. However, there is a presumption that the legislature does not intend to make a substantial alteration of law beyond that which it explicitly declares. In addition, there is a presumption that a legislature does not intend to take away private property rights unless it does so explicitly. Given that the relevant concepts of free alienation and the equity of redemption are so fundamental, these presumptions were held to apply. Parliament did not change the common law explicitly. Therefore, "worthwhile as they may be, the objectives of the National Housing Act have to be met within the confines of the common law."

The chambers judge then turned to the constitutional issue. She stated that in general, property

Bridge, le protonotaire a refusé de la suivre. Il a fait une distinction d'avec une autre affaire où les restrictions s'étaient trouvées énoncées dans le contrat de vente plutôt que dans un acte d'hypothèque. En outre, le protonotaire a rejeté, parce qu'il le jugeait prématuré, l'argument selon lequel les clauses contenues dans les actes d'hypothèque de la SCHL devaient être jugées nulles parce qu'elles constituaient des entraves à l'exercice du droit de rachat.

Par conséquent, le protonotaire a rejeté la demande. Il a condamné Hongkong au paiement des dépens de la SCHL, mais a refusé d'accorder des dépens à d'autres parties.

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (le juge Veit)

Le juge en chambre a rendu oralement son jugement. Après avoir examiné les faits et les arguments des parties, qui soulevaient pour la première fois la question de la constitutionnalité de la *Loi nationale sur l'habitation*, le juge en chambre a dit que, d'une manière générale, elle retenait les arguments des parties qui s'opposaient aux restrictions et rejetait ceux de la SCHL. Se penchant d'abord sur la question de l'interprétation législative, elle a fait remarquer qu'il est loisible à l'assemblée législative compétente de modifier la common law. Il existe toutefois une présomption selon laquelle le législateur n'a pas l'intention d'y apporter de modification importante allant au-delà de ce qu'il déclare expressément. De plus, il existe une présomption selon laquelle un législateur n'a pas l'intention de supprimer des droits relatifs à la propriété privée, à moins qu'il ne le fasse explicitement. Étant donné que les concepts pertinents de la liberté d'aliénation et du droit de rachat sont si fondamentaux, ces présomptions ont été jugées applicables. Le Parlement n'a pas expressément modifié la common law. Par conséquent, [TRADUCTION] «pour valables qu'ils puissent être, les objectifs de la Loi nationale sur l'habitation doivent être atteints dans les limites de la common law».

Le juge en chambre a ensuite examiné la question constitutionnelle. Elle a affirmé qu'en règle

law is within provincial jurisdiction. No argument in support of federal jurisdiction had been made under the peace, order and good government power, and there was some provincial legislation in Alberta regarding the effect of the *National Housing Act* in Alberta, indicating that there was no federal jurisdiction to affect property rights in a province. Thus even if she were wrong with respect to the statutory interpretation issue, the chambers judge would hold that there was no statutory authority to enforce the CMHC mortgages because of the constitutional impediment to federal jurisdiction.

The chambers judge then held that the provisions of the operating agreements which stated that the agreements would remain in force for the term of the loan (40 years) should be struck down as clogs on the equity of redemption. The chambers judge then commented on CMHC's allegations that there was a deliberate attempt to evade the terms of the mortgages, stating that the parties' motives were irrelevant to the legal validity of the clauses in question. CMHC's own motives of providing cheap housing were not enough to resolve the dispute in its favour. CMHC had to achieve its objectives within the "common law structures of real property entitlements".

The chambers judge rejected an argument that the Crown should not be bound by common law when pursuing its purposes. The statute of *Quia Emptores* was a derogation from the Crown's right to control real property, and the Crown could not revert to the pre-*Statute* position without clear language. The chambers judge also rejected an argument that the sales were *ultra vires* the corporate objects of Town House and Wellington.

As a result, the chambers judge allowed the appeal, granted an order approving the 1989 sale of the properties and granted a declaration that the impugned provisions of the CMHC mortgages

générale le droit des biens relève de la compétence provinciale. Aucun argument fondé sur le pouvoir relatif à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement n'avait été invoqué en faveur d'une compétence fédérale et il existait une loi albertaine concernant l'effet de la *Loi nationale sur l'habitation* en Alberta, ce qui indiquait que le fédéral n'avait pas compétence pour modifier les droits sur les biens dans une province. Donc, même si elle avait tort sur la question de l'interprétation législative, le juge en chambre conclurait à l'inexistence d'un pouvoir légal de faire exécuter les garanties conférées par les hypothèques de la SCHL, et ce, parce que la Constitution excluait la compétence fédérale.

Le juge en chambre a ensuite décidé que les dispositions des accords d'exploitation stipulant que ceux-ci resteraient en vigueur pendant la durée du prêt (40 ans) devaient être annulées parce qu'elles constituaient des entraves à l'exercice du droit de rachat. Le juge en chambre a alors commenté les allégations de la SCHL selon lesquelles y avait eu une tentative délibérée de se soustraire aux conditions des hypothèques, affirmant que les mobiles des parties n'avaient rien à voir avec la validité juridique des clauses en question. Les propres mobiles de la SCHL, soit la création d'habitations à loyer modique, ne suffisaient pas pour régler le différend en sa faveur. Il fallait que la SCHL atteigne ses objectifs à l'intérieur des [TRADUCTION] «structures de common law des droits sur les biens immeubles».

Le juge en chambre a rejeté un argument selon lequel la Couronne ne devrait pas être liée par la common law dans la poursuite de ses objectifs. La loi *Quia Emptores* constituait une dérogation au droit de Sa Majesté de contrôler des biens immeubles et, en l'absence de langage clair, Sa Majesté ne pouvait retourner à la situation antérieure à cette loi. Le juge en chambre a également rejeté un argument selon lequel les ventes excédaient les objets de Town House et de Wellington.

Par conséquent, le juge en chambre a accueilli l'appel, rendu une ordonnance approuvant la vente de 1989 des biens en cause et déclaré que les clauses contestées des actes d'hypothèque de la SCHL

were invalid and that the 1988 purchasers were entitled to redeem. Hongkong was awarded solicitor and client costs from the other parties, and CMHC was ordered to indemnify other parties for costs payable to Hongkong.

Alberta Court of Appeal (1990), 77 Alta. L.R. (2d) 149 (Lieberman, Haddad and Irving J.J.A.)

The reasons of the court were delivered by Lieberman J.A. The court began with a review of the facts. The first issue was whether the *National Housing Act* creates a statutory restraint on alienation running with the land. The court held that the issue was settled by the presumption that a legislature does not intend to make any substantial alteration of the law beyond what is explicitly declared. "[I]f Parliament had intended to create a statutory restraint of alienation it would have done so explicitly" (p. 158). In addition, existing law should not be altered except to the extent necessary to implement the statutory language. "The right to freely alienate land is fundamental to fee simple ownership. There can be no change to this proposition without clear legislative mandate. That mandate is absent in the legislation relevant to these appeals" (p. 158). Given the conclusion on the statutory interpretation issue, the court found it unnecessary to deal with the constitutional issue.

The court noted that CMHC relied on three cases for its position that the operating agreements created valid restrictive covenants restraining alienation of the land, but the court distinguished all three cases. The court therefore concluded that unless CMHC could bring itself within the Crown immunity exception or the restrictive covenant exception, the impugned provisions were either personal covenants or void conditions in restraint on alienation. With respect to the Crown immunity exception, the court agreed with CMHC that the statute of *Quia Emptores* never bound the Crown. However, a 1327 statute had altered Crown immu-

étaient invalides et que les acquéreurs de 1988 pouvaient se prévaloir du droit de rachat. Les autres parties ont été condamnées à payer à Hongkong ses dépens comme entre avocat et client et la SCHL s'est vu ordonner d'indemniser les autres parties des dépens payables à Hongkong.

Cour d'appel de l'Alberta (1990), 77 Alta. L.R. (2d) 149 (les juges Lieberman, Haddad et Irving)

Les motifs de la cour ont été rendus par le juge Lieberman. La cour a commencé par exposer les faits. Il s'agissait en premier lieu de savoir si la *Loi nationale sur l'habitation* impose une restriction à l'aliénation rattachée au bien-fonds. La cour a conclu que cette question était tranchée par l'application de la présomption que le législateur n'a l'intention d'apporter à la common law aucune modification importante qui aille au-delà de ce qui est expressément déclaré. [TRADUCTION] «[S]i le Parlement avait voulu assujettir l'aliénation à une restriction légale, il l'aurait fait expressément» (p. 158). En outre, il ne convient pas de changer les règles de droit existantes, sauf dans la mesure où cela s'impose pour donner effet au texte législatif. [TRADUCTION] «Le droit à la libre aliénation de biens-fonds est essentiel à la propriété en fief simple. Voilà une proposition que l'on ne saurait modifier sans autorisation législative non équivoque. Or, cette autorisation ne se trouve pas dans les dispositions législatives qui sont pertinentes en l'espèce» (p. 158). Vu sa conclusion sur la question de l'interprétation législative, la cour n'a pas jugé nécessaire d'examiner la question constitutionnelle.

La cour a noté que la SCHL avait invoqué trois décisions à l'appui de sa position selon laquelle les accords d'exploitation renfermaient des clauses valides qui imposaient des restrictions à l'aliénation des biens-fonds, mais elle a fait une distinction d'avec chacune de ces décisions. La cour a donc conclu qu'à moins que la SCHL ne puisse démontrer que l'exception de l'immunité de la Couronne ou l'exception des clauses restrictives s'applique à elle, les dispositions contestées constituaient soit des engagements personnels, soit des conditions restrictives d'aliénation entachées de nullité. Quant à l'exception de l'immunité de la

nity by providing that even tenants holding land directly from the Crown could alienate their land. The proposition that the Crown is not immune from the rule against restraints on alienation had also been confirmed by the courts.

With respect to the argument that the operating agreement created a restrictive covenant, the court noted that a restrictive covenant requires three conditions. First, the restriction must be negative. Second, one plot of land must bear a burden and another must receive the benefit (that is, there must be a dominant and a recessive tenement). Third, the defendant cannot set up the overriding defence in equity of purchase of legal estate for resale without notice. The restriction in question was negative in nature. However, in Alberta a mortgage is only a charge against land. The mortgagee does not hold the legal estate. Thus the rule that a covenant not involving a grant does not run with the land except as between landlord and tenant is particularly important where the issue is a restrictive covenant. As a result, the second requirement for a restrictive covenant was not met and the court concluded that the covenants in question did not run with the land. In addition, there was no benefit to the land because the mortgagee's objects were benefitted but there was no benefit to the mortgage interest itself. With respect to the third requirement, annexing the covenants to mortgages which were registered against title was sufficient notice to subsequent purchasers or encumbrancers. Thus the court concluded that "the requirements of the restrictive covenant creating a right in rem that runs with the land are not met" (p. 164).

Couronne, la cour a convenu avec la SCHL que la Couronne n'a jamais été liée par la loi *Quia Emptores*. Toutefois, une loi de 1327 était venue modifier l'immunité de la Couronne en prévoyant que même les propriétaires qui tenaient leurs biens-fonds directement de la Couronne pouvaient les aliéner. De plus, la proposition selon laquelle la Couronne ne jouit d'aucune immunité contre l'application de la règle interdisant la restriction de l'aliénation avait été confirmée par les tribunaux.

En ce qui concerne l'argument voulant que l'accord d'exploitation ait créé une clause restrictive, la cour a fait remarquer que trois conditions sont nécessaires pour qu'une telle clause existe. En premier lieu, il doit s'agir d'une restriction négative. En deuxième lieu, un bien-fonds doit être grevé d'une servitude dont bénéficie un autre bien-fonds (c'est-à-dire qu'il doit y avoir un fonds dominant et un fonds servant). En troisième lieu, le défendeur ne saurait opposer le moyen de défense, primordial en *equity*, de l'achat du domaine légal en vue de le revendre sans préavis. Or, la restriction en cause était de caractère négatif. Toutefois, en Alberta, une hypothèque n'est qu'une charge grevant un bien-fonds. Le créancier hypothécaire n'est pas titulaire du domaine légal. Ainsi, la règle voulant qu'une clause ne comportant pas une cession ne se rattache pas au bien-fonds, si ce n'est en ce qui concerne le propriétaire et le locataire, revêt une importance particulière lorsque c'est une clause restrictive qui est en cause. Par conséquent, la seconde exigence qu'il y ait clause restrictive n'a pas été remplie et la cour a conclu que les clauses en question ne se rattachaient pas au bien-fonds. En outre, il n'y a eu aucun avantage en faveur du bien-fonds puisque les objets de la créancière hypothécaire ont été avantagés sans que le droit hypothécaire lui-même ne bénéficie de quelque avantage que ce soit. Quant à la troisième exigence, l'annexion de clauses à des hypothèques enregistrées grevant le titre de propriété constituait un avis suffisant pour les acquéreurs ou bénéficiaires de charge subséquents. C'est ainsi que la cour a conclu [TRADUCTION] «[qu']on ne satisfait pas aux exigences à remplir pour qu'il y ait clause restrictive créatrice d'un droit réel qui se rattache au bien-fonds» (p. 164).

Given its finding that the covenants were not restrictive covenants, the court held that it was unnecessary to determine whether the restrictive covenants would be unenforceable as clogs on the equity of redemption. The court also reviewed the objects of Town House and Wellington, concluding that the second mortgages were not *ultra vires* their corporate objects. The court relied upon s. 19(h) of *The Companies Act*, R.S.A. 1955, c. 53, which provided that a company may raise money by any means unless its objects expressly restrict such a power. In addition, the *National Housing Act* did not bar the second mortgages, as it merely provided that mortgagors must contract not to enter into subsequent mortgages. It did not provide that mortgagors could not enter into subsequent mortgages.

The court then turned to CMHC's submission that the respondents should be precluded from profiting from their own wrong. The court concluded that the second mortgages were not illegal contracts because the *National Housing Act* was not a statutory prohibition on sale or disposition of the properties. The court distinguished several cases which had held that the court would not assist in profiting from one's own wrong. The court found no evidence of an intention to circumvent the contractual liability of the Town House and Wellington, and therefore it was not an appropriate case to pierce the corporate veil.

As a result, the appeal was dismissed. On January 4, 1991, the court issued supplementary reasons with respect to costs. The court allowed CMHC's appeal of the costs order made by the chambers judge. The court found that the respondents knowingly breached the operating agreements. Despite their success in the appeal, they did not have clean hands. As a result, Town House and Wellington were ordered to pay costs to CMHC and Hongkong on a solicitor and client basis. No other parties were awarded costs.

Étant donné sa conclusion que les clauses en question n'étaient pas restrictives, la cour a jugé qu'il n'était pas nécessaire de décider si les clauses restrictives seraient inexécutoires pour le motif qu'elles constituent des entraves à l'exercice du droit de rachat. La cour a en outre examiné les objets de Town House et de Wellington, pour conclure que les hypothèques de second rang n'excédaient pas ces objets. Elle a invoqué l'al. 19h) de *The Companies Act*, R.S.A. 1955, ch. 53, qui autorisait les sociétés à réunir des fonds par tous les moyens, sauf si leurs objets limitaient expressément ce pouvoir. De plus, la *Loi nationale sur l'habitation* n'interdisait pas les hypothèques de second rang, car elle exigeait simplement que les débiteurs hypothécaires s'engagent par contrat à ne pas consentir d'hypothèques subséquentes. Elle ne prévoyait pas que les débiteurs hypothécaires ne pouvaient pas en consentir.

La cour a ensuite examiné l'argument de la SCHL selon lequel il y avait lieu d'empêcher les intimés de tirer profit de leur propre acte illicite. La cour a conclu que les hypothèques de second rang n'étaient pas des contrats illégaux parce que la *Loi nationale sur l'habitation* n'interdisait pas la vente ou l'aliénation des biens-fonds. Elle a fait des distinctions d'avec plusieurs décisions dans lesquelles on avait statué que les tribunaux n'aideraient pas une personne à profiter de son propre acte illicite. D'après la cour, la preuve n'établissait aucune intention de contourner l'obligation contractuelle de Town House et de Wellington, si bien qu'il ne convenait pas en l'espèce de faire abstraction de la personnalité morale.

L'appel a en conséquence été rejeté. Le 4 janvier 1991, la cour a déposé des motifs supplémentaires quant aux dépens. Elle a accueilli l'appel interjeté par la SCHL contre l'ordonnance relative aux dépens rendue par le juge en chambre. La cour a conclu que les intimés avaient sciemment violé l'accord d'exploitation. En dépit de leur succès en appel, ils n'étaient pas sans reproche. Par conséquent, Town House et Wellington ont été condamnées à payer à la SCHL et à Hongkong leurs dépens comme entre avocat et client. Des dépens n'ont été accordés à aucune autre partie.

The Issues

1. *Clean Hands*: It was submitted that the action for a declaration and the application for a judicial sale are claims for equitable relief to which the respondents have disentitled themselves.

2. *Illegality*: The appellant submits that by virtue of s. 16(4)(g) of the *National Housing Act, 1954* the second mortgages and the 1988 and 1989 sales are illegal as either prohibited by statute or the policy underlying it. If the appellant is correct, the respondents raise a constitutional question as to whether the section is *ultra vires*. I have concluded that the appellant fails in respect of this submission and it will not be necessary to answer the constitutional question.

3. *Corporate Ultra Vires*: The appellant submits that the second mortgages and the agreements of sale are beyond the corporate powers of the respondents Town House and Wellington.

4. *Prepayment of Mortgages*: The appellant asks that the declaration that the respondents, the 1988 purchasers, are entitled to redeem the properties upon payment of the amounts outstanding under the first mortgages be set aside. The respondents, except Hongkong, have served and filed a motion under Rule 29 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, to vary the judgment of the Court of Appeal to declare that the clauses prohibiting sale or mortgage are void and not merely unenforceable. In order to decide these issues it is necessary to consider whether these provisions must be struck down as void restraints on alienation or are valid as personal covenants. If they are the latter, then it is further necessary to decide whether their breach is a default under the mortgage disentitling the 1988 purchasers to prepay. This in turn raises the issue as to whether in this

Les questions en litige

1. *La conduite irréprochable*: On a fait valoir que l'action en jugement déclaratoire et la demande de vente judiciaire visent toutes les deux à obtenir un redressement d'*equity* et que les intimés sont déchus du droit à un tel redressement.

2. *L'illégalité*: L'appelante soutient qu'aux termes de l'al. 16(4)g) de la *Loi nationale de 1954 sur l'habitation*, les hypothèques de second rang ainsi que les ventes de 1988 et de 1989 sont illégales parce qu'elles sont interdites soit par la Loi, soit par la politique qui la sous-tend. Dans l'hypothèse où l'appelante aurait raison, les intimés soulèvent une question constitutionnelle quant à savoir si cet article constitue un excès de pouvoir. Comme je ne retiens pas cet argument de l'appelante, il n'est pas nécessaire de répondre à la question constitutionnelle.

3. *L'excès de pouvoir commis par une personne morale*: L'appelante prétend que les hypothèques de second rang et les contrats de vente excèdent les pouvoirs des intimées Town House et Wellington.

4. *Le remboursement anticipé des hypothèques*: L'appelante demande l'infirmité du jugement déclarant que les intimés les acquéreurs de 1988 ont le droit de racheter les biens-fonds une fois payées les dettes hypothécaires de premier rang. Les intimés, sauf Hongkong, ont signifié et déposé en vertu de l'art. 29 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, une demande de modification du jugement de la Cour d'appel de façon à faire déclarer nulles et non simplement inexécutables les clauses interdisant la vente ou la constitution d'hypothèques. Pour trancher ces questions, il faut examiner si les clauses en question doivent être invalidées pour le motif qu'elles imposent des restrictions à l'aliénation ou bien si elles sont valides à titre d'engagements personnels. Dans ce dernier cas, il est en outre nécessaire de décider si leur violation constitue un manquement au contrat d'hypothèque qui entraîne pour les acquéreurs de 1988 la déchéance du droit d'effectuer un remboursement anticipé. Voilà qui soulève à son tour la question de savoir si, en pareil cas, les condi-

event the provisions in the mortgage are a clog on the equity of redemption and, therefore, void.

5. *Costs*: The respondents, except Hongkong, have moved pursuant to our Rule 29 to vary the order as to costs made by the Court of Appeal.

Analysis

1. *Clean Hands*

CMHC argues that the respondents should be denied the relief they seek because they are guilty of misconduct such as to disentitle them from equitable relief. Assuming for the moment that Town House and Wellington were legally capable of granting the second mortgage to the Bank of British Columbia (Hongkong Bank) and of disposing of the projects via the agreements for sale, it is evident that they have committed a flagrant breach of their contracts with CMHC. However, it is not Town House and Wellington who seek relief from the court in this action. With respect to the parties who are seeking relief from the court, I am not convinced that the remedies sought constitute equitable relief in every case or that there is in any event sufficient evidence before the court to conclude that these respondents have unclean hands. There is accordingly no equitable ground upon which to deny relief to the respondents.

In determining whether the respondents are entitled to equitable relief, it is important not to paint all the respondents with the same brush. As was noted in *Moody v. Cox*, [1917] 2 Ch. 71 (C.A.), at pp. 87-88, "equity will not apply the principle about clean hands unless the depravity, the dirt in question on the hand, has an immediate and necessary relation to the equity sued for." CMHC seeks to paint all respondents with the same brush, arguing that equity should deny all relief in this case because Town House and Wellington are seeking to escape obligations to CMHC. However, an entire transaction does not become tainted merely because certain parties to the transaction may have

tions de l'hypothèque sont nulles en tant qu'en-traves à l'exercice du droit de rachat.

5. *Les dépens*: Les intimés, sauf Hongkong, ont présenté en vertu de l'art. 29 des Règles de notre Cour une demande de modification de l'ordon-nance quant aux dépens rendue par la Cour d'ap-pel.

Analyse

1. *La conduite irréprochable*

La SCHL fait valoir qu'il faut refuser aux intimés le redressement qu'ils demandent parce qu'ils se sont rendus coupables d'une inconduite qui leur enlève le droit à un redressement d'*equity*. En supposant pour le moment que Town House et Wellington étaient juridiquement habiles à consen-tir l'hypothèque de second rang à la Banque de la Colombie-Britannique (Banque Hongkong) et à aliéner les ensembles d'habitation au moyen des contrats de vente, il est évident qu'elles ont com-mis une violation flagrante de leurs contrats avec la SCHL. Ce ne sont toutefois pas Town House et Wellington qui demandent un redressement à la cour en l'espèce. Quant aux parties qui demandent un redressement à la cour, je ne suis pas convaincu que les redressements demandés constituent dans tous les cas des redressements d'*equity* ni, de toute façon, que la cour dispose d'une preuve suffisante pour pouvoir conclure que ces intimés ne sont pas sans reproche. Il n'y a donc aucun motif d'*equity* de refuser un redressement aux intimés.

En examinant si les intimés ont droit à un redressement d'*equity*, il importe de se garder de les mettre tous dans le même panier. Comme on l'a souligné dans l'arrêt *Moody c. Cox*, [1917] 2 Ch. 71 (C.A.), aux pp. 87 et 88, [TRADUCTION] «l'*equity* n'applique le principe de la conduite irré-prochable que si le vice en question se rapporte directement et nécessairement au redressement d'*equity* sollicité». Or, la SCHL veut mettre tous les intimés dans le même panier, en soutenant que l'*equity* devrait refuser tout redressement en l'es-pèce parce que Town House et Wellington cher-chent à échapper à leurs obligations envers elle. Toute une opération ne devient cependant pas enta-

unclean hands. Town House and Wellington may be seeking to escape obligations to CMHC, but this does not taint all transactions involving properties subject to those obligations. It is necessary to show that the respondents actually seeking relief from the court are in fact seeking equitable relief and are guilty of wrongdoing amounting to unclean hands.

The two numbered companies who are the purchasers under the 1988 sale agreements seek a declaration that they are the beneficial owners of the properties in question pursuant to these agreements. There has been significant debate in the literature and jurisprudence as to whether a declaration constitutes equitable relief or is a *sui generis* remedy and, if it is the latter, whether equitable principles should bar relief. The Chancery Courts of England had long exercised a limited jurisdiction to grant declaratory judgments, which power was expanded by the *Chancery Act* of 1850 (13 & 14 Vict., c. 35). With the merging of the two court systems under the *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (36 & 37 Vict., c. 66), declaratory jurisdiction was also assumed by the courts of common law. If one categorizes remedies by virtue of their origin in the Court of Chancery or the courts of common law, then, the declaratory judgment would seem to be an equitable remedy.

However, starting with the English case of *Chapman v. Michaelson*, [1909] 1 Ch. 238 (C.A.), a number of courts have held that the declaratory judgment does not constitute equitable relief. In *Chapman*, the Court of Appeal distinguished the granting of a declaration that security documents were invalid from the more common equitable remedy of delivering up of the unenforceable security documents. In the latter situation, relief was always made subject to equitable conditions of

chée d'un vice du simple fait qu'il se peut que certaines parties à cette opération ne soient pas sans reproche. Il se peut que Town House et Wellington cherchent à échapper à des obligations envers la SCHL, mais cela ne vicie pas pour autant la totalité des opérations touchant les biens-fonds assujettis à ces obligations. Il faut démontrer que les intimés qui demandent effectivement un redressement à la cour sollicitent en réalité un redressement d'*equity* et qu'ils se sont rendus coupables d'une conduite répréhensible qui fait qu'ils ne peuvent être considérés comme étant sans reproche.

Les deux sociétés à numéro, qui sont les acquéreurs en vertu des contrats de vente de 1988, demandent un jugement déclarant que, conformément à ces contrats, elles sont les propriétaires à titre bénéficiaire des propriétés en question. Les questions de savoir si un jugement déclaratoire constitue un redressement d'*equity* ou un redressement *sui generis* et, dans ce dernier cas, si les principes de l'*equity* devraient empêcher le redressement ont été amplement débattues dans la doctrine et dans la jurisprudence. Pendant longtemps, les tribunaux d'*equity* d'Angleterre avaient exercé une compétence limitée pour rendre des jugements déclaratoires, laquelle compétence a été élargie par la *Chancery Act* de 1850 (13 & 14 Vict., ch. 35). La fusion des deux systèmes judiciaires sous le régime de la *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (36 & 37 Vict., ch. 66), a eu pour effet de conférer aux tribunaux de common law aussi le pouvoir de rendre des jugements déclaratoires. Alors, si l'on classe les redressements selon qu'ils procèdent des tribunaux d'*equity* ou des tribunaux de common law, le jugement déclaratoire semblerait constituer un redressement d'*equity*.

Toutefois, à commencer par l'arrêt anglais *Chapman c. Michaelson*, [1909] 1 Ch. 238 (C.A.), un certain nombre de tribunaux ont statué que le jugement déclaratoire ne constitue pas un redressement d'*equity*. Dans l'arrêt *Chapman*, la Cour d'appel a fait une distinction entre le fait de rendre un jugement déclarant invalides des documents de garantie et le redressement d'*equity* plus courant consistant à remettre les documents de garantie inexécutaires. Dans le second cas, le redressement

repayment being imposed on the borrower, but the court refused to impose similar conditions on a borrower granted a declaratory remedy on the grounds that the declaration "is not equitable relief" (p. 242). Although some English decisions have taken a different approach in the intervening years, the *Chapman* approach was reiterated in *Tito v. Waddell* (No. 2), [1977] Ch. 106, in which Megarry V.-C. stated that the remedy is "neither a legal nor an equitable remedy, but statutory" (p. 259).

This view as to the nature of the declaratory remedy has largely prevailed in Australia and New Zealand. Similarly, the consensus in Canada seems to be that the remedy is *sui generis* rather than wholly equitable. Sarna in *The Law of Declaratory Judgments* (2nd ed. 1988), for example, states at p. 216 that "[t]he development of Canadian case law has seen little or no reference to the equitable nature of the remedy".

However, a number of Canadian judgments at the lower levels have applied equitable principles to those who seek a declaration. For example, in *Sara v. Sara* (1962), 36 D.L.R. (2d) 499, the British Columbia Court of Appeal refused to grant a declaration that a marriage was void to a man who had polygamously married his Canadian wife in order to be admitted to the country, and then been supported by her for a number of years after his arrival, on the basis *inter alia* that the husband had unclean hands. *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550 (Man. C.A.), and *Re MacDonald and Law Society of Manitoba* (1975), 54 D.L.R. (3d) 372 (Man. Q.B.), also take the view that the declaratory remedy is an equitable one. At least some American decisions are to the same effect, such as *Campbell v. Campbell*, 300 N.Y.S. 760 (Sup. Ct. 1937), and *Mills v. Mills*, 179 A. 5 (Conn. 1935), in which the plaintiffs were held to

était toujours assujéti à la condition que des modalités de remboursement prescrites par l'*equity* soient imposées à l'emprunteur, mais la cour a refusé d'imposer des conditions analogues à l'emprunteur en faveur duquel était rendu un jugement déclaratoire, pour le motif qu'un tel jugement [TRADUCTION] «ne constitue pas un redressement d'*equity*» (p. 242). Malgré l'adoption d'un point de vue différent dans quelques décisions anglaises rendues au cours des années qui ont suivi, c'est l'approche *Chapman* qui a été reprise dans l'arrêt *Tito c. Waddell* (No. 2), [1977] Ch. 106, où le vice-chancelier Megarry a dit qu'il s'agit d'un redressement qui ne découle [TRADUCTION] «ni de la common law ni de l'*equity*, mais de la loi» (p. 259).

C'est cette perception de la nature du jugement déclaratoire qui l'a emporté dans une large mesure en Australie et en Nouvelle-Zélande. De même, au Canada, on semble s'accorder pour dire que le redressement en question est *sui generis* et ne relève pas entièrement de l'*equity*. Par exemple, Sarna, dans son ouvrage intitulé *The Law of Declaratory Judgments* (2^e éd. 1988), affirme, à la p. 216, que [TRADUCTION] «[c']est à peine si la jurisprudence canadienne mentionne que ce redressement tient de l'*equity*».

Toutefois, un certain nombre de décisions de tribunaux d'instance inférieure ont appliqué des principes d'*equity* aux auteurs de demandes de jugement déclaratoire. Mentionnons à titre d'exemple l'arrêt *Sara c. Sara* (1962), 36 D.L.R. (2d) 499, dans lequel la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a refusé de rendre un jugement déclarant nul le mariage d'un homme polygame qui avait épousé une Canadienne afin de pouvoir entrer au Canada et qui s'était fait entretenir par cette femme pendant un certain nombre d'années après être arrivé au pays, et ce, pour le motif, notamment, que le mari n'était pas sans reproche. Dans les arrêts *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550 (C.A. Man.), et *Re MacDonald and Law Society of Manitoba* (1975), 54 D.L.R. (3d) 372 (B.R. Man.), on adopte aussi le point de vue selon lequel le jugement déclaratoire est un redressement d'*equity*. Il existe au moins quelques décisions

be disentitled to declaratory relief on the basis of unclean hands and laches, respectively.

While the above decisions all seem to have been based, expressly or impliedly, on the view that declaratory relief was equitable in nature, it appears that even if the remedy is seen to be *sui generis*, equitable principles such as clean hands can play a role in the exercise of the court's discretion whether or not to grant the remedy. As Zamir states in *The Declaratory Judgment* (1986), at p. 191:

This discretion is employed, as discretion was originally employed in respect of all equitable remedies, primarily to do justice in the particular case before the court. It is wide enough to allow the court to take into account virtually all objections and defences possible in equitable proceedings.

Zamir goes on to cite various English cases in which the motives of the plaintiff were taken into account, the claim was dismissed on the basis of laches, and inequitable behaviour on the part of the plaintiff was considered to be a defence to a declaratory judgment.

Some other authors take a different approach. In *Equity—Doctrines and Remedies* (2nd ed. 1984), at p. 466, Meagher, Gummow and Lehane review a number of decisions and conclude that on both authority and principle, the traditional equitable barriers to relief do not apply to declaratory relief. Likewise, Sarna, *supra*, at p. 216, states that "there has yet to appear a serious proposal that the exercise of discretion on declaratory proceedings be

américaines qui vont dans le même sens, dont *Campbell c. Campbell*, 300 N.Y.S. 760 (Sup. Ct. 1937), et *Mills c. Mills*, 179 A. 5 (Conn. 1935), dans lesquelles on a statué que les demandeurs n'avaient pas droit à un jugement déclaratoire, dans le premier cas pour cause de conduite répréhensible et, dans le second, en raison du manque de diligence.

Bien que les décisions susmentionnées paraissent toutes être fondées, expressément ou implicitement, sur le point de vue selon lequel le redressement sous forme de jugement déclaratoire tient de l'*equity*, il semble que, même si ce redressement est considéré comme étant *sui generis*, des principes d'*equity* comme celui de la conduite irréprochable peuvent jouer un rôle dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal d'accorder ou de refuser le redressement. Comme le dit Zamir dans *The Declaratory Judgment* (1986), à la p. 191:

[TRADUCTION] Ce pouvoir discrétionnaire s'exerce, comme il a initialement été exercé à l'égard de tous les redressements d'*equity*, principalement pour que justice soit rendue dans la cause dont le tribunal est saisi. Sa portée est suffisamment large pour permettre au tribunal de prendre en considération la quasi-totalité des objections et des moyens de défense pouvant être invoqués en matière d'*equity*.

Zamir cite ensuite diverses décisions anglaises où on a tenu compte des mobiles du demandeur, où la demande a été rejetée pour cause de manque de diligence et où la façon non conforme à l'*equity* dont le demandeur s'était conduit a été considérée comme un moyen de défense opposable à un jugement déclaratoire.

Certains autres auteurs adoptent un point de vue différent. Dans *Equity—Doctrines and Remedies* (2^e éd. 1984), à la p. 466, Meagher, Gummow et Lehane passent en revue un certain nombre de décisions et concluent que, d'après la jurisprudence et les principes, les obstacles traditionnels de l'*equity* à l'obtention d'un redressement ne s'appliquent pas au jugement déclaratoire. De même, Sarna, *op. cit.*, à la p. 216, affirme que [TRADUCTION] «personne n'a encore sérieusement proposé que l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans le

confined to the general principles governing equity”.

While it may be that certain equitable restrictions such as the requirement that legal remedies be insufficient and that there be a probability of irreparable or at least very serious damage should not be applied to declaratory remedies, I would conclude that in the exercise of the discretion whether or not to grant a declaration, the court may take into account certain equitable principles such as the conduct of the party seeking the relief. In the context of this case, then, the allegation that the 1988 purchasers have unclean hands should be addressed.

The only real evidence before this Court with regard to the alleged misconduct of the 1988 purchasers is that they knew that the 1988 sale agreements constituted a breach of the CMHC mortgages and in fact agreed to pay a higher price for the land if the operating agreements could be successfully breached. As well, there is the fact that shortly after the execution of the sale agreements, the sole director and shareholder of the numbered companies married the sister of the directors of Town House and Wellington. In my view, this evidence is too tenuous a foundation for the application of the principle. Absent a finding of collusion, knowledge by a purchaser that the vendor is breaching a contractual provision would be insufficient to disentitle the purchaser to equitable relief. This conclusion applies with greater force to the exercise of discretion to refuse declaratory relief in which the “unclean hands” doctrine is applied in a less structured manner and is but one of the factors to be considered. With respect to the family connection, no finding was made by the courts below with respect to any scheme between the parties to defeat the rights of CMHC. Without such a finding, this fact alone is of little importance.

cadre d’une action en jugement déclaratoire se limite aux principes généraux applicables en matière d’*equity*».

^a Bien qu’il se puisse que certaines restrictions imposées par l’*equity* comme, par exemple, l’exigence que les redressements de common law soient insuffisants et qu’il y ait probabilité d’un préjudice irréparable ou du moins très grave, je conclurais qu’en exerçant son pouvoir discrétionnaire de rendre ou non un jugement déclaratoire, le tribunal peut tenir compte de certains principes d’*equity*, tels que la conduite de la partie qui demande le redressement. Il y a donc lieu, dans le contexte de la présente affaire, d’examiner l’allégation que les acquéreurs de 1988 ne sont pas sans reproche.

^e La seule véritable preuve dont dispose notre Cour relativement à l’inconduite reprochée aux acquéreurs de 1988 est qu’ils savaient que les contrats de vente de 1988 violaient les conditions des hypothèques de la SCHL et qu’ils ont en fait convenu de payer le bien-fonds plus cher si les accords d’exploitation pouvaient être violés avec succès. De même, il y a le fait que, peu après la signature des contrats de vente, l’unique administrateur et actionnaire des sociétés à numéro a épousé la sœur des administrateurs de Town House et de Wellington. À mon avis, ces éléments de preuve sont trop faibles pour justifier l’application du principe. En l’absence d’une constatation de collusion, le fait que l’acquéreur ait su que le vendeur agissait en violation d’une condition du contrat ne suffirait pas pour que l’acquéreur soit déchu du droit à un redressement d’*equity*. Cette conclusion s’applique à plus forte raison à l’exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser un jugement déclaratoire, où la théorie de la «conduite répréhensible» est appliquée d’une façon moins structurée et n’est qu’un des facteurs à prendre en considération. En ce qui concerne le lien de parenté, les tribunaux d’instance inférieure n’ont pas conclu à l’existence d’un complot entre les parties en vue de contrecarrer les droits de la SCHL. Sans une telle conclusion, ce seul fait revêt peu d’importance.

The only party unquestionably seeking equitable relief in this case is Hongkong, which is seeking a judicial sale in its mortgage foreclosure action. There is no evidence that Hongkong was guilty of any misconduct. Hongkong seems particularly free of suspicion of misconduct because it was not even the original mortgagee. It purchased a mortgage acquired by its predecessor in title. If Hongkong were the original mortgagee, there might be suspicion that the second mortgages had been made with the intention of intentionally defaulting in order to escape obligations to CMHC. Here there can be no such suspicion because Hongkong purchased the mortgages some five years after they were first made. There is no evidence of a plot to enter into second mortgages as part of a scheme to escape obligations to CMHC, but even if there was such a scheme Hongkong could not have been a participant. The mere fact that the relationship among the numbered companies, Town House and Wellington may arouse suspicions is not a sufficient basis upon which to deny an equitable remedy to Hongkong.

With respect to the numbered company which seeks to purchase under the judicial sale in the foreclosure action, CMHC argues that all participants in a foreclosure action, including the prospective purchasers at a court-conducted sale, must be governed by equitable principles. In this case, it is evident that the 1989 purchaser knew of the provisions of the operating agreement, and in fact the Offer to Purchase is expressly stated to be contingent on a declaration by the court that the terms, conditions and obligations in the operating agreement will not be binding on the purchaser. Nonetheless, aside from the relationship of the 1989 purchaser to the other numbered companies and to Town House and Wellington, which will be discussed below, there does not appear to be evidence of wrongdoing on the part of the 1989 purchaser which would warrant a finding of unclean hands.

La seule partie qui, en l'espèce, cherche incontestablement à obtenir un redressement d'*equity*, c'est Hongkong qui demande, dans le cadre de son action en forclusion hypothécaire, qu'il soit procédé à une vente judiciaire. Rien ne prouve que Hongkong s'est rendue coupable d'inconduite. Elle semble d'ailleurs être particulièrement à l'abri de tout soupçon d'inconduite parce qu'elle n'était même pas le créancier hypothécaire initial. Elle a acheté une créance hypothécaire acquise par son prédécesseur en titre. Si Hongkong avait été le créancier hypothécaire initial, on aurait peut-être pu soupçonner que les hypothèques de second rang avaient été consenties dans le but de tomber volontairement en défaut et de se soustraire ainsi à des obligations envers la SCHL. Il ne peut y avoir aucun soupçon de ce genre en l'espèce parce que Hongkong s'est portée acquéreur des hypothèques environ cinq ans après qu'elles eurent été consenties. Il n'y a aucune preuve de complot en vue de consentir des hypothèques de second rang dans le cadre d'un projet d'échapper à des obligations envers la SCHL, mais, même s'il avait existé un tel projet, Hongkong n'aurait pas pu y participer. Le simple fait que les rapports entre les sociétés à numéro Town House et Wellington puissent éveiller des soupçons ne constitue pas un motif suffisant pour refuser à Hongkong un redressement d'*equity*.

Quant à la société à numéro qui cherche à se porter acquéreur lors de la vente judiciaire demandée dans l'action en forclusion, la SCHL fait valoir que les principes d'*equity* doivent s'appliquer à tous les participants à une telle action, y compris les acheteurs éventuels lors d'une vente judiciaire. Il est évident en l'espèce que l'acquéreur de 1989 était au courant des dispositions de l'accord d'exploitation et, en fait, l'offre d'achat est expressément assujettie à la condition que soit rendu un jugement déclarant l'acquéreur non lié par les modalités et les obligations énoncées dans l'accord d'exploitation. Néanmoins, exception faite du lien entre l'acquéreur de 1989, d'une part, et les autres sociétés à numéro et Town House et Wellington, d'autre part, dont il sera question plus loin, il semble n'y avoir aucune preuve d'acte répréhensible de la part de l'acquéreur de 1989 qui justifierait

As is the case with the 1988 purchasers, mere knowledge that one is participating in a transaction which constitutes a breach of a contract to which one is not a party does not seem to me to be sufficient to constitute unclean hands. Further, a review of the jurisprudence in this area fails to reveal any cases in which a judicial sale has been disallowed on the basis of the unclean hands of the proposed purchaser, which may well be a result of the fact that, as here, it is not the purchaser but the mortgagee who seeks relief from the court, even though the purchaser stands to benefit from the relief.

CMHC relied on *Re Valley Vu Realty (Ottawa) Ltd. and Victoria & Grey Trust Co.* (1984), 44 O.R. (2d) 526 (H.C.), aff'd (1984), 47 O.R. (2d) 544n (C.A.), and *Colonial & Home Fuel Distributors Ltd. v. Skimmers' Ltd.* (1963), 39 D.L.R. (2d) 579 (Man. Q.B.), aff'd (1963), 46 D.L.R. (2d) 695 (Man. C.A.), aff'd [1964] S.C.R. v, in support of its contention that relief should be denied on equitable grounds. In my view, both cases are distinguishable because in both cases there was direct evidence that the very parties who were seeking equitable relief were guilty of misconduct in that they were parties to a breach of contract.

In *Re Valley Vu*, *supra*, the court refused to assist a mortgagor in obtaining a discharge of a mortgage through prepayment because the mortgagor had intentionally breached the terms of the mortgage, including a provision restraining alienation. In this case, neither Hongkong nor the numbered companies is party to a breach of contract. The only parties in breach are Town House and Wellington. In *Colonial*, the court refused to allow a party to use a company which was his *alter ego* to circumvent a restrictive covenant. In this case, there is no clear evidence and no finding that either Hongkong or any of the numbered companies were the *alter egos* of Town House and Wellington. I

de conclure à une conduite répréhensible. Comme dans le cas des acquéreurs de 1988, la simple connaissance que l'on participe à une opération qui viole un contrat auquel on n'est pas partie ne me paraît pas suffisante pour constituer une conduite répréhensible. D'autre part, la jurisprudence dans ce domaine ne fait pas état d'un seul cas dans lequel une vente judiciaire a été refusée en raison de la conduite répréhensible de l'acquéreur éventuel, ce qui pourrait bien s'expliquer par le fait que, comme en l'espèce, c'est non pas l'acquéreur mais le créancier hypothécaire qui demande un redressement à la cour, quoique l'acquéreur soit en passe de bénéficier de ce redressement.

À l'appui de son argument selon lequel un redressement devait être refusé pour des motifs d'*equity*, la SCHL a invoqué les décisions *Re Valley Vu Realty (Ottawa) Ltd. and Victoria & Grey Trust Co.* (1984), 44 O.R. (2d) 526 (H.C.), conf. par (1984), 47 O.R. (2d) 544n (C.A.), et *Colonial & Home Fuel Distributors Ltd. c. Skimmers' Ltd.* (1963), 39 D.L.R. (2d) 579 (B.R. Man.), conf. par (1963), 46 D.L.R. (2d) 695 (C.A. Man.), conf. par [1964] R.C.S. v. À mon avis, une distinction peut être faite d'avec ces deux décisions parce qu'il existait, dans les deux cas, une preuve directe que les parties mêmes qui sollicitaient le redressement d'*equity* étaient coupables d'inconduite du fait qu'elles avaient participé à une violation de contrat.

Dans l'affaire *Re Valley Vu*, précitée, la cour a refusé d'aider un débiteur hypothécaire à obtenir l'extinction d'une hypothèque par voie de remboursement anticipé parce que ce débiteur avait intentionnellement violé les conditions de l'hypothèque, notamment celle imposant des restrictions à l'aliénation. En l'espèce, ni Hongkong ni les sociétés à numéro n'ont participé à une violation de contrat. Les seules parties coupables de violation sont Town House et Wellington. Dans l'affaire *Colonial*, la cour a refusé de permettre à une partie de se servir d'une société qui était son *alter ego* afin de contourner une clause restrictive. En l'espèce, la preuve n'établit pas clairement, et on n'a pas conclu, que Hongkong ou l'une ou l'autre des sociétés à numéro était l'*alter ego* de Town House

agree with Lieberman J.A.'s assessment of the respondents' relationship (at p. 168):

One can, of course, speculate about the motivation behind the parties entering into the agreements for sale and its connection or otherwise with the relationship of those parties, but without evidence to substantiate such a speculation the appellant's submission falls far short of establishing a common operating mind behind the respondent companies. There is in my view no direct evidence to establish an intention to circumvent the contractual liability of the original mortgagors, and I cannot infer such an intention. This is not a case justifying the piercing of the corporate veil.

The relationship between the numbered companies and Town House and Wellington is undoubtedly suspicious, but without direct evidence it is impossible to conclude that they jointly acted to free Town House and Wellington of their obligations towards CMHC.

The numbered companies do seek to avoid the CMHC operating agreement but in so far as the terms of the operating agreement are incorporated into the mortgages, which is the extent the statute contemplates, CMHC retains the right to accelerate the loan or increase the interest rates. Thus even if Hongkong is granted the equitable relief which it seeks, CMHC is not left without a remedy for breach of its operating agreements.

I therefore conclude that there is no basis for refusing equitable relief or declaratory relief to the respondents on the "clean hands" principle.

2. Illegality

CMHC's foremost argument against the transactions was that the second mortgages and the 1988 sale agreements were illegal contracts. CMHC argued that these contracts were contrary to the public policy set out in the *National Housing Act*. In my view, the *National Housing Act* does not

et de Wellington. Je souscris à l'appréciation qu'a faite le juge Lieberman des rapports entre les intimés (à la p. 168):

[TRADUCTION] On peut, bien sûr, conjecturer sur les motifs qui ont incité les parties à conclure les contrats de vente et sur le lien, s'il en est, que ces motifs peuvent avoir avec les rapports entre ces parties, mais sans preuve confirmant ces conjectures, l'argument de l'appelante est bien loin d'établir l'existence d'une âme dirigeante commune aux sociétés intimées. Il n'y a, selon moi, aucune preuve directe d'une intention de contourner les obligations contractuelles des débitrices hypothécaires initiales et je ne puis inférer l'existence de cette intention. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas qui justifie de faire abstraction de la personnalité morale.

Les rapports entre les sociétés à numéro et Town House et Wellington sont indubitablement suspects, mais, sans preuve directe, il est impossible de conclure qu'elles se sont concertées pour dégager Town House et Wellington de leurs obligations envers la SCHL.

Les sociétés à numéro cherchent effectivement à se soustraire à l'application de l'accord d'exploitation de la SCHL, mais, dans la mesure où les conditions de cet accord sont incorporées dans les actes d'hypothèque, ce qui correspond à ce que prévoit la Loi, la SCHL conserve le droit d'exiger le remboursement anticipé du prêt ou d'augmenter les taux d'intérêt. Donc, même si le redressement d'*equity* sollicité par Hongkong lui était accordé, la SCHL ne se trouverait pas sans recours pour la violation de ses accords d'exploitation.

Je conclus donc qu'il n'y a aucune raison de refuser aux intimés, par application du principe de la «conduite irréprochable», un redressement d'*equity* ou un jugement déclaratoire.

2. L'illégalité

La SCHL a fait valoir principalement, à l'encontre des opérations en cause, que les hypothèques de second rang et les contrats de vente de 1988 constituaient des contrats illégaux. Ces contrats, a soutenu la SCHL, étaient contraires à la politique générale énoncée dans la *Loi nationale*

prohibit the transactions in question. As a result, this ground of attack fails.

At the time of the operating agreements, sale and disposition of mortgaged properties were referred to in s. 16(4)(g) of the *National Housing Act, 1954*, which read as follows:

16. ...

(4) A contract with a limited-dividend housing company entered into under this section shall provide that

(g) except with the consent of the Corporation and on such terms and conditions as the Corporation may approve the project or any part thereof shall not be sold or otherwise disposed of during the term of the loan;

This provision was repealed and replaced by the *Act to amend the National Housing Act, 1954*, S.C. 1968-69, c. 45, s. 7. The replacement to s. 16(4)(g) now appears as s. 26(3)(b) of the *National Housing Act*, R.S.C., 1985, c. N-11. The wording of s. 26(3)(b) differs somewhat from that of s. 16(4)(g), but it is not materially different for the purposes of the issue of illegality, and the parties referred in their submissions to s. 16(4)(g). For ease of reference, I will therefore refer to s. 16(4)(g).

CMHC cited *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (12th ed. 1991), at p. 349, for the proposition that a contract which is expressly or impliedly prohibited by statute is illegal and therefore void. In my view, s. 16(4)(g) neither expressly nor impliedly prohibited the second mortgages and the 1988 sale agreements.

The prohibition contained in s. 16(4)(g) is not express. Indeed, CMHC did not contend that s. 16(4)(g) expressly prohibits the contracts in question. I cannot read s. 16(4)(g) as doing anything more than requiring CMHC to obtain contractual restraints on disposition. The whole of

sur l'habitation. À mon avis, la *Loi nationale sur l'habitation* n'interdit pas les opérations en question. Ce moyen ne saurait donc être retenu.

Au moment de la conclusion des accords d'exploitation, la vente et l'aliénation de biens hypothéqués étaient mentionnées à l'al. 16(4)g) de la *Loi nationale de 1954 sur l'habitation*, dont voici le texte:

16. ...

(4) Un contrat passé avec une compagnie de logement à dividendes limités, sous le régime du présent article, doit renfermer les stipulations suivantes:

g) sauf du consentement de la Société et aux conditions qu'elle peut approuver, le projet, non plus qu'une partie de celui-ci, ne doit être vendu ni autrement aliéné pendant la durée du prêt;

Cette disposition a été abrogée et remplacée par la *Loi modifiant la Loi nationale de 1954 sur l'habitation*, S.C. 1968-69, ch. 45, art. 7. La disposition remplaçant l'al. 16(4)g) figure maintenant à l'al. 26(3)b) de la *Loi nationale sur l'habitation*, L.R.C. (1985), ch. N-11. Le texte de l'al. 26(3)b) diffère quelque peu de celui de l'al. 16(4)g), mais cette différence n'est pas importante aux fins de la question de l'illégalité et c'est à l'al. 16(4)g) que les parties se sont référées dans leur argumentation. Par souci de commodité, je vais donc me référer à l'al. 16(4)g).

La SCHL a cité *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (12^e éd. 1991), à la p. 349, à l'appui de la proposition selon laquelle un contrat expressément ou implicitement interdit par une loi est illégal et, partant, nul. À mon avis, l'al. 16(4)g) n'interdisait pas expressément ou implicitement les hypothèques de second rang et les contrats de vente de 1988.

L'interdiction énoncée à l'al. 16(4)g) n'est pas expresse. En fait, la SCHL n'a pas prétendu qu'il interdit expressément les contrats en question. Je ne saurais interpréter l'al. 16(4)g) comme faisant rien de plus qu'exiger de la SCHL qu'elle obtienne des restrictions contractuelles à l'aliénation. Tout

s. 16 is directed towards the terms to be incorporated in the contract. It is impossible to read such a provision as an express statutory restraint on disposition.

I am also of the opinion that s. 16 does not contain an implied prohibition of the transactions in question. Interpreting s. 16 as creating an implied statutory restraint on disposition would deprive Hongkong of its mortgages and the 1988 purchasers of their title, in the absence of CMHC's consent. Such a deprivation of property rights is not lightly implied.

CMHC argued that the second mortgages and the 1988 sale agreements violated the policy of the *National Housing Act*. However, I view the policy of the *National Housing Act* differently. The policy of the *National Housing Act* is to place the governing arrangements in a contract between the mortgagor and mortgagee. CMHC then takes its security and protects itself in accordance with the provincial law applicable to the property. In some instances provincial legislation has been enacted to exclude the general law from applying to projects under the *National Housing Act*. For example, s. 43 of the *Law of Property Act*, R.S.A. 1980, c. L-8, exempts *National Housing Act* mortgages from some of the restrictive provisions of that statute. Moreover, s. 16(4)(h) of the *National Housing Act*, 1954 stipulates a special remedy for breach, namely acceleration of the loan or increasing the rate of interest. Had Parliament intended the provisions of the Act to have extra-contractual force, it would not have used the contractual mechanism as distinct from simply legislating against alienation.

It is common ground that the second mortgages and the 1988 sales are subject to the CMHC mortgages. Hongkong can only dispose of the mortgagor's equity, and the 1988 purchasers take subject to the CMHC mortgages. The fundamental question is whether the contractual provisions can be enforced against strangers to the contract. Sec-

l'article 16 porte sur les conditions à inclure dans le contrat. Il est impossible d'interpréter une telle disposition comme imposant expressément une restriction à l'aliénation.

Je suis également d'avis que l'art. 16 ne contient pas d'interdiction implicite des opérations en cause. Interpréter l'art. 16 comme imposant à l'aliénation une restriction implicite aurait pour effet de priver Hongkong de ses hypothèques, et les acquéreurs de 1988 de leur titre de propriété, en l'absence de consentement de la part de la SCHL. On ne conclut pas à la légère à une telle privation des droits de propriété.

La SCHL a soutenu que les hypothèques de second rang et les contrats de vente de 1988 violaient la politique de la *Loi nationale sur l'habitation*. Toutefois, je perçois cette politique différemment. La *Loi nationale sur l'habitation* vise à faire consigner les modalités applicables dans un contrat entre le débiteur hypothécaire et le créancier hypothécaire. La SCHL prend ensuite sa garantie et se protège en conformité avec les règles de droit provinciales applicables au bien en question. Certaines provinces ont adopté des lois qui soustraient à l'application du droit général les ensembles d'habitation visés par la *Loi nationale sur l'habitation*. Par exemple, l'art. 43 de la *Law of Property Act*, R.S.A. 1980, ch. L-8, soustrait les hypothèques consenties en vertu de la *Loi nationale sur l'habitation* à l'application de certaines dispositions restrictives de cette loi. De plus, l'al. 16(4)(h) de la *Loi nationale de 1954 sur l'habitation* prévoit un redressement particulier en cas de violation, savoir le remboursement anticipé du prêt ou l'augmentation du taux d'intérêt. Si le Parlement avait voulu que les dispositions de la Loi ait un effet extracontractuel, il n'aurait pas prévu le recours au contrat plutôt que de simplement légiférer pour interdire l'aliénation.

Les parties conviennent que les hypothèques de second rang et les ventes de 1988 sont assujetties aux hypothèques de la SCHL. Hongkong ne peut aliéner que le droit de la débitrice hypothécaire sur le bien-fonds, et l'acquisition par les acquéreurs de 1988 est assujettie aux hypothèques de la SCHL. La question fondamentale est de savoir si les dis-

tion 16 clearly applies to CMHC, directing the conditions under which it must operate. It does not purport to apply to the mortgagors, let alone third parties. In my view CMHC's remedies are contractual, either under the terms of the operating agreements or under the terms of its mortgages. Any sale, judicial or otherwise, can only sell the property subject to the mortgages. The Court of Appeal held that the operating agreement did not create covenants running with the land. CMHC, in its factum, stated that it "did *not* argue that the clauses preventing sale or mortgage "run with the land", nor that they are "rights in rem"" (emphasis in original). This is not, therefore, an issue in this appeal.

We must remember that the Act contemplated transactions taking place under provincial property law, the granting of a mortgage securing the loan. If CMHC's argument is correct, a federal statute would be imposing real property restraints without regard to the provincial real property regime. One cannot lightly conclude that Parliament, having spoken in terms of contracts and mortgages, intended to create restraints that are inconsistent with the common law and the Torrens system of title holding.

Furthermore, the underlying constitutional context suggests that s. 16 should be interpreted so that it does not impliedly prohibit the transactions in question. If s. 16 prohibits the sale or encumbrance of properties mortgaged to CMHC, then it would be a statutory restraint on alienation altering the common law rule that restraints on alienation are void. Under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*, Parliament has no jurisdiction to legislate with respect to property and civil rights in a province. Without deciding the point, there would at least be a serious question about the validity of a federal statute creating a restraint on alienation. By requiring the arrangements to be created by contract,

positions contractuelles sont opposables aux tiers étrangers au contrat. L'article 16, qui s'applique manifestement à la SCHL, prescrit les conditions dans lesquelles elle doit fonctionner. Il n'est pas censé s'appliquer aux débiteurs hypothécaires ni, à plus forte raison, aux tiers. Selon moi, les recours de la SCHL sont contractuels et sont fondés soit sur les accords d'exploitation, soit sur les conditions de ses actes d'hypothèque. Le bien ne peut être vendu, judiciairement ou autrement, qu'en demeurant assujéti aux hypothèques. La Cour d'appel a conclu que l'accord d'exploitation ne créait pas de clauses rattachées au bien-fonds. Dans son mémoire, la SCHL a déclaré qu'elle [TRADUCTION] «ne soutenait pas que les clauses interdisant la vente ou la constitution d'une hypothèque «se rattachaient au bien-fonds» ni qu'il s'agissait de «droits réels»» (en italique dans l'original). Il s'agit donc d'une question qui ne se pose pas en l'espèce.

Il faut se rappeler que la Loi envisageait des opérations qui se dérouleraient sous le régime du droit provincial en matière de biens, le prêt étant garanti au moyen d'une hypothèque. Si l'argument de la SCHL était juste, une loi fédérale se trouverait à imposer des restrictions relatives aux biens immeubles, sans tenir compte du régime provincial en vigueur dans ce domaine. On ne saurait conclure à la légère que le Parlement, ayant parlé de contrats et d'hypothèques, a voulu imposer des restrictions incompatibles avec la common law et le système Torrens de détention de titres de propriété.

En outre, le contexte constitutionnel sous-jacent laisse supposer qu'il y a lieu d'interpréter l'art. 16 de manière à ce qu'il n'interdise pas implicitement les opérations en question. Si l'article 16 interdisait de vendre des propriétés faisant l'objet d'hypothèques consenties à la SCHL ou de les grever d'une charge quelconque, il imposerait une restriction à l'aliénation, qui viendrait modifier la règle de common law selon laquelle les restrictions imposées à l'aliénation sont nulles. L'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, n'investit pas le Parlement du pouvoir de légiférer relativement à la propriété et aux droits civils dans une province. Sans trancher ce point, il se pose à tout le moins

Parliament avoided any doubts about the validity of s. 16. Since the express words of Parliament appear to have been employed to avoid any constitutional challenge, it would be unwise to adopt an interpretation of those words which is not only strained but also creates the difficulty which Parliament avoided.

For these reasons, I conclude that s. 16 does not prohibit the second mortgages and the 1988 sales, either expressly or impliedly. Section 16 does not create a statutory restraint on alienation. Accordingly, the constitutional question does not arise and need not be answered.

3. Corporate *Ultra Vires*

CMHC's next argument against the transactions was that the second mortgages were *ultra vires* the corporate powers of Town House and Wellington. In my view, the second mortgages were not *ultra vires* and accordingly this ground of attack fails.

At first glance, it seems somewhat surprising that a corporate *ultra vires* argument is raised in this appeal, given that the corporate *ultra vires* doctrine has now all but disappeared. The *ultra vires* argument arises because Town House and Wellington were incorporated under the *Companies Act* which was still in force at the time of the second mortgages. Town House and Wellington were accordingly still subject to the corporate *ultra vires* doctrine at that time.

The appellant did not argue the *ultra vires* issue with respect to the 1988 sales in its factum, but by a letter to the Court after the hearing, counsel for CMHC suggested that these transactions could still

une question sérieuse au sujet de la validité d'une loi fédérale qui impose une restriction à l'aliénation. En exigeant que les arrangements soient pris par contrat, le Parlement a évité que la validité de l'art. 16 ne soit mise en doute. Puisque les termes exprès du Parlement semblent avoir été employés pour éviter toutes contestation fondée sur la Constitution, il ne serait guère judicieux d'en adopter une interprétation qui est non seulement forcée, mais qui crée aussi la difficulté que le Parlement a évitée.

Pour ces motifs, je conclus que l'art. 16 n'interdit, ni expressément ni implicitement, les hypothèques de second rang et les ventes de 1988. L'article 16 n'impose pas de restriction à l'aliénation. Par conséquent, la question constitutionnelle ne se pose pas et il n'est pas nécessaire d'y répondre.

3. L'excès de pouvoir commis par une personne morale

L'argument que la SCHL avance ensuite à l'encontre des opérations en cause veut que les hypothèques de second rang excédaient les pouvoirs des sociétés Town House et Wellington. À mon avis, les hypothèques de second rang ne constituaient pas un excès de pouvoir, si bien que ce moyen est rejeté.

À première vue, il semble quelque peu surprenant que l'on avance dans le présent pourvoi l'argument de l'excès de pouvoir par une personne morale, étant donné que la théorie de l'excès de pouvoir par une personne morale est maintenant pratiquement disparue. Si cet argument est invoqué, c'est parce que Town House et Wellington ont été constituées en personnes morales sous le régime de la *Companies Act* qui était encore en vigueur au moment où les hypothèques de second rang ont été consenties. La théorie de l'excès de pouvoir par une personne morale s'appliquait donc toujours, à cette époque, à Town House et à Wellington.

L'appelante n'a pas abordé dans son mémoire la question de l'excès de pouvoir en ce qui concerne les ventes de 1988, mais, dans une lettre adressée à la Cour après l'audience, l'avocat de la SCHL a

be analyzed in light of the *ultra vires* doctrine as this doctrine had not been abolished by the *Alberta Business Corporations Act*, and that, further, the actions of the officers of Town House and Wellington in making the 1988 sale agreements were *ultra vires* the officers as not being in furtherance of objectives set out in the Articles of Continuance. However, it has been well-established that the doctrine of *ultra vires* as it stood under the *Companies Act* was abolished by s. 15(1) of the *Alberta Business Corporations Act* (see, for example, the recent decision of Iacobucci J. in *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388). As will be discussed more fully below, the fact that the Articles of Continuance state that the businesses to be carried on by the corporations are subject to the provisions of the *National Housing Act* is not sufficient to find the sale agreements or mortgages *ultra vires* according to the doctrine as it existed under the *Companies Act*, much less under the *Business Corporations Act*.

It was also submitted that the combined effect of s. 117(2) and s. 18 of the *Business Corporations Act*, which require that the directors and officers comply with the Act, articles and by-laws but protect third parties without notice from the consequence of non-compliance, rendered the transactions *ultra vires*. These provisions are simply a statutory indoor management rule and do not, as the appellant suggests, govern the situation where a third party such as CMHC claims that a transaction between the corporation and another party should be held void on the basis of non-compliance with the articles. There is therefore no basis upon which to find the 1988 sale agreements to be *ultra vires* Town House and Wellington.

indiqué qu'il était encore possible d'analyser ces opérations à la lumière de la théorie de l'excès de pouvoir puisque la *Business Corporations Act* de l'Alberta ne l'avait pas abolie, et il a fait valoir en outre qu'en concluant les contrats de vente de 1988, les dirigeants de Town House et de Wellington avaient outrepassé leurs pouvoirs parce que ces contrats n'avaient rien à voir avec la réalisation des objectifs énoncés dans les statuts de prorogation. Il est toutefois bien établi que la théorie de l'excès de pouvoir ou théorie de l'*ultra vires* telle qu'elle existait sous le régime de la *Companies Act* a été abolie par le par. 15(1) de la *Business Corporations Act* de l'Alberta (voir, par exemple, les récents motifs du juge Iacobucci dans l'affaire *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 R.C.S. 388). Comme le révèle l'analyse plus approfondie que nous entreprenons plus loin, le fait que les statuts de prorogation stipulent que les entreprises à exploiter par les sociétés en question sont assujetties aux dispositions de la *Loi nationale sur l'habitation* n'est pas suffisant pour conclure que les contrats de vente ou les hypothèques constituent un excès de pouvoir suivant la théorie qui existait sous le régime de la *Companies Act*, et encore moins le sont-ils sous le régime de la *Business Corporations Act*.

On a fait valoir également que le par. 117(2) et l'art. 18 de la *Business Corporations Act*, qui exigent que les administrateurs et les dirigeants se conforment à la Loi, aux statuts et aux règlements, mais qui protègent contre les conséquences de l'inobservation les tiers non avisés de cette inobservation, ont pour effet conjugué de rendre *ultra vires* les opérations en question. Ces dispositions ne sont rien d'autre qu'une règle légale de gestion interne et, contrairement à ce qu'affirme l'appelante, elles ne s'appliquent pas dans une situation où un tiers, comme la SCHL, prétend qu'une opération intervenue entre la personne morale et une autre partie devrait être jugée nulle pour cause d'inobservation des statuts. Rien ne justifie donc une conclusion que Town House et Wellington ont excédé leurs pouvoirs en passant les contrats de vente de 1988.

The objects of Town House and Wellington are identical and read as follows:

(a) To acquire land for building purposes and to lay out building lots and to clear and improve the same in any manner, to construct, purchase, hold, enjoy and manage low rental housing projects consisting of two or more one-family dwellings or one or more multiple family dwellings or a combination of one family or multiple family dwellings; and in connection with the foregoing to purchase, lease, construct, develop, hold, enjoy, manage, improve and assist in improving any and all properties owned or controlled by the Company, recreational and educational facilities, commercial space or buildings including retail stores, shops, offices and other community services in connection with low rental housing projects.

(b) In connection with the foregoing to deal in building material of all kinds and description and carry on business as general contractors.

Thus the objects of Town House and Wellington do not expressly authorize them to grant second mortgages. However, the power to encumber a company's property would normally fall within the scope of s. 20(1)(h) of the *Companies Act*, R.S.A. 1980, c. C-20:

20(1) For the purpose of carrying out its objects, a company other than a specially limited company has the following powers, except those of them expressly excluded by the memorandum:

(h) the power to borrow or raise or secure the payment of money in any manner the company thinks fit

CMHC argued that the second mortgages do not fall within s. 20(1)(h) because of the following restriction contained in the memoranda of association of Town House and Wellington:

The objects for which the Company is established are subject to the provisions of The National Housing Act, 1954, and amendments thereto

Les objets de Town House et de Wellington sont identiques et sont ainsi formulés:

[TRADUCTION] a) Acquérir des biens-fonds à des fins de construction, lotir les terrains à bâtir, défricher et améliorer ceux-ci de quelque manière que ce soit, construire, acheter, détenir, posséder et gérer des ensembles d'habitation HLM composés d'au moins deux habitations unifamiliales ou d'au moins une habitation multifamiliale ou d'une combinaison des deux types d'habitations; dans le cadre des activités ci-dessus énumérées, acquérir, prendre à bail, construire, aménager, détenir, posséder, gérer, améliorer et aider à améliorer l'une quelconque ou la totalité des propriétés appartenant à la société ou contrôlées par elle ainsi que les installations récréatives et éducatives et les locaux ou immeubles commerciaux, y compris les magasins de vente au détail, les boutiques, les bureaux et d'autres services communautaires liés aux ensembles d'habitation HLM.

b) Dans le cadre des activités ci-dessus énumérées, faire le commerce de toutes sortes de matériaux de construction et exercer des activités d'entrepreneur général.

Ainsi, les objets de Town House et de Wellington ne les autorisent pas expressément à consentir des hypothèques de second rang. Toutefois, le pouvoir de grever les biens d'une société découlerait normalement de l'al. 20(1)(h) de la *Companies Act*, R.S.A. 1980, ch. C-20:

[TRADUCTION] 20(1) Aux fins de réaliser ses objets, une société autre qu'une société soumise à des restrictions particulières possède les pouvoirs suivants, à l'exception de ceux qui sont expressément exclus par l'acte constitutif:

h) le pouvoir d'emprunter ou de réunir des fonds ou d'en garantir le paiement, comme la société le juge bon

La SCHL a fait valoir que les hypothèques de second rang ne relèvent pas de l'al. 20(1)(h) en raison de la restriction suivante énoncée dans les actes constitutifs de Town House et de Wellington:

[TRADUCTION] Les objets pour lesquels la société est constituée sont assujettis aux dispositions de la Loi nationale de 1954 sur l'habitation et ses modifications

CMHC noted that there is a distinction between a company's objects, contained in the memorandum of association, and its powers, granted by s. 20 of the *Companies Act*. A company's powers can only be used to achieve its objects. *In re Introductions Ltd.*, [1970] Ch. 199 (C.A.), established that the power to borrow money is not an independent object. Thus the power in s. 20(1)(h) can only be used to achieve objects contained in the memorandum of association.

It has long been recognized that the *ultra vires* doctrine should not be applied restrictively. *Attorney-General v. Great Eastern Railway Co.* (1880), 5 App. Cas. 473 (H.L.) stated at p. 478 that the *ultra vires* doctrine

ought to be reasonably, and not unreasonably, understood and applied, and that whatever may fairly be regarded as incidental to, or consequential upon, those things which the Legislature has authorized, ought not (unless expressly prohibited) to be held, by judicial construction, to be *ultra vires*.

As is noted in *Palmer's Company Law* (24th ed. 1987), vol. 1, at pp. 143-44, "in modern law the courts are unlikely to hold a contract to be *ultra vires* the company unless, on a reasonable construction of the objects clause and the other clauses of the memorandum and articles, there are compelling grounds to arrive at that result." Such an approach is amply demonstrated by such cases as *Bell Houses Ltd. v. City Wall Properties Ltd.*, [1966] 2 Q.B. 656 (C.A.), and *In re New Finance and Mortgage Co.*, [1975] Ch. 420.

In Canada it is particularly important not to interpret corporate capacity restrictively, since, as discussed above, the *ultra vires* doctrine has been abolished in most Canadian jurisdictions, including Alberta. It would be anachronistic for the courts to interpret corporate powers narrowly when most Canadian legislatures have indicated

La SCHL a fait remarquer qu'il y a une distinction entre les objets d'une société énoncés dans son acte constitutif, et ses pouvoirs conférés par l'art. 20 de la *Companies Act*. Les pouvoirs d'une société ne peuvent s'exercer que pour réaliser ses objets. L'arrêt *In re Introductions Ltd.*, [1970] Ch. 199 (C.A.), établit que le pouvoir d'emprunter de l'argent ne constitue pas un objet distinct. Le pouvoir conféré par l'al. 20(1)h ne peut donc être exercé que pour réaliser les objets énoncés dans l'acte constitutif.

Il est reconnu depuis longtemps que la théorie de l'excès de pouvoir ne devrait pas s'appliquer restrictivement. Dans l'arrêt *Attorney-General c. Great Eastern Railway Co.* (1880), 5 App. Cas. 473 (H.L.), on lit, à la p. 478, que la théorie de l'excès de pouvoir

[TRADUCTION] devrait être interprétée et appliquée d'une manière raisonnable et non déraisonnable et que les tribunaux ne devraient pas (en l'absence d'une interdiction expresse) recourir à l'interprétation pour déclarer *ultra vires* tout ce qui peut à juste titre être considéré comme accessoire ou découlant de ce qu'a autorisé le législateur.

Comme on le constate dans *Palmer's Company Law* (24^e éd. 1987), vol. 1, aux pp. 143 et 144, [TRADUCTION] «selon le droit contemporain, il est peu probable que les tribunaux décideront qu'une société a excédé ses pouvoirs en concluant un contrat, à moins que, selon une interprétation raisonnable de la clause énonçant ses objets et des autres clauses de l'acte constitutif et des statuts, cette conclusion s'impose pour de sérieux motifs». Voilà un point de vue amplement démontré par des décisions comme *Bell Houses Ltd. c. City Wall Properties Ltd.*, [1966] 2 Q.B. 656 (C.A.), et *In re New Finance and Mortgage Co.*, [1975] Ch. 420.

Au Canada, il importe particulièrement de ne pas interpréter restrictivement la notion de capacité d'une personne morale puisque, comme nous l'avons déjà vu, la théorie de l'excès de pouvoir a été abolie dans la plupart des ressorts canadiens, dont l'Alberta. Il serait anachronique que les tribunaux interprètent restrictivement les pouvoirs des personnes morales alors que la plupart des assemblées législatives du Canada ont indiqué que les

that companies should have all the legal powers of natural persons.

Furthermore, it has long been recognized that companies generally require the ability to mortgage their property in order to undertake their ordinary business operations: see *In re the Patent File Co.* (1870), L.R. 6 Ch. 83, and *General Auction Estate and Monetary Co. v. Smith*, [1891] 3 Ch. 432. Even without a statutory power such as the one contained in s. 20(1)(h), the power to mortgage is a power exercisable by most companies unless that power is expressly excluded in the memorandum of association.

Following this general approach to the *ultra vires* doctrine, I cannot conclude that the second mortgages were *ultra vires*. The corporate objects of Town House and Wellington include the ability to "purchase, lease, construct, develop, hold, enjoy, manage, improve and assist in improving any and all properties owned or controlled by the Company". The ability to raise funds by making second mortgages on the company's property is sufficiently incidental to these objects. It is difficult to imagine how a company whose objects include the ownership and development of real estate could reasonably function without the incidental ability to finance its operations by mortgaging its property. Furthermore, as Lieberman J.A. noted, "there is no evidence that the mortgage loan was not applied to accomplish a corporate object" (p. 167). Thus *In re Introductions Ltd.*, *supra*, can be distinguished from this case. *In re Introductions Ltd.* involved a loan which violated an express object of the company. In this case, the loan does not violate an express object of Town House or Wellington. By mortgaging their properties, Town House and Wellington were exercising their powers under s. 20(1)(h) in furtherance of corporate objects.

Similarly, I cannot conclude that the memoranda of association of Town House and Wellington

sociétés devraient être investies de tous les pouvoirs juridiques des personnes physiques.

De plus, il est reconnu depuis longtemps qu'en règle générale les sociétés ont besoin de la capacité d'hypothéquer leurs biens afin de pouvoir exercer leurs activités commerciales ordinaires: voir *In re the Patent File Co.* (1870), L.R. 6 Ch. 83, et *General Auction Estate and Monetary Co. c. Smith*, [1891] 3 Ch. 432. Même en l'absence d'un pouvoir conféré par la loi comme celui de l'al. 20(1)(h), le pouvoir d'hypothéquer peut être exercé par la plupart des sociétés, à moins que leurs actes constitutifs ne l'excluent expressément.

Suivant cette perception de la théorie de l'excès de pouvoir, je ne puis conclure que les hypothèques de second rang constituaient un excès de pouvoir. Les objets de Town House et de Wellington consistent notamment à «acquérir, prendre à bail, construire, aménager, détenir, posséder, gérer, améliorer et aider à améliorer l'une quelconque ou la totalité des propriétés appartenant à la société ou contrôlées par elle». La capacité de réunir des fonds en consentant des hypothèques de second rang grevant les biens de la société est suffisamment accessoire par rapport à ces objets. Il est difficile de concevoir comment une société dont les objets comprennent la possession et l'aménagement de biens immeubles pourrait raisonnablement fonctionner sans jouir de la capacité accessoire de financer ses opérations en hypothéquant ses biens. En outre, comme l'a fait remarquer le juge Lieberman, [TRADUCTION] «il n'y a aucune preuve que l'emprunt hypothécaire n'a pas été affecté à la réalisation d'un objet de la société» (p. 167). L'arrêt *In re Introductions Ltd.*, précité, peut donc être distingué de la présente affaire. Dans l'affaire *In re Introductions Ltd.*, il s'agissait d'un emprunt qui violait un objet exprès de la société, tandis que l'emprunt présentement en cause ne va à l'encontre d'aucun objet exprès de Town House ou de Wellington. En hypothéquant leurs propriétés, ces dernières se trouvaient à exercer les pouvoirs que leur confère l'al. 20(1)(h) dans la poursuite de leurs objets.

De même, je ne puis conclure que les actes constitutifs de Town House et de Wellington

exclude the power granted to them by s. 20(1)(h). Companies have all the powers set out in s. 20, "except those of them expressly excluded by the memorandum". It is important to note that the powers in s. 20 must be excluded expressly. Excluding the power in s. 20(1)(h) would require far more express language than the phrase "[t]he objects for which the Company is established are subject to the provisions of the National Housing Act, 1954, and amendments thereto".

In addition, the argument that this proviso excludes the power to mortgage depends to a large extent upon the argument I have already rejected, namely that s. 16 of the *National Housing Act, 1954* prohibits or makes illegal the granting of second mortgages. The Act does not provide that a company cannot be incorporated with other objects or powers. It requires CMHC to make loans to companies whose objects satisfy the definition of a limited-dividend housing company. One of its objects must be to construct and operate such a company and there must be a restriction on the dividends. Again, in my view, the remedy for breach (for example, paying out excessive dividends) is the contractual one. Section 16(3)(k) makes it clear that CMHC was to satisfy itself, and there is no suggestion of interfering with provincial corporate law:

16. ...

(3) A loan may be made under this section only to a limited-dividend housing company that has entered into a contract with the Corporation on the terms set out in subsection (4), to construct a low-rental housing project or to convert existing buildings into a low-rental housing project if

(k) the powers given to the company and activities or transactions that are permitted by its charter or other instrument of incorporation are satisfactory to the Corporation.

excluent le pouvoir que leur accorde l'al. 20(1)(h). Les sociétés détiennent tous les pouvoirs énoncés à l'art. 20, «à l'exception de ceux qui sont expressément exclus par l'acte constitutif». Il importe de souligner que les pouvoirs énoncés à l'art. 20 doivent faire l'objet d'une exclusion expresse. L'exclusion du pouvoir conféré à l'al. 20(1)(h) nécessiterait l'emploi de mots beaucoup plus explicites que la phrase «[l]es objets pour lesquels la société est constituée sont assujettis aux dispositions de la Loi nationale de 1954 sur l'habitation et ses modifications.»

De plus, l'argument selon lequel cette réserve exclut le pouvoir de consentir des hypothèques est fonction dans une large mesure de l'argument que j'ai déjà écarté, savoir que l'art. 16 de la *Loi nationale de 1954 sur l'habitation* interdit ou rend illégales les hypothèques de second rang. Cette loi n'empêche pas la constitution d'une société ayant d'autres objets ou pouvoirs. Elle exige que la SCHL consente des prêts à des sociétés dont les objets correspondent à la définition d'une société immobilière à dividendes limités. L'un de ces objets doit être de construire et d'exploiter une telle société et il doit y avoir une restriction quant aux dividendes. Là encore, selon moi, le redressement en cas de violation (le paiement de dividendes excessifs, par exemple) est celui découlant du contrat. Il ressort nettement du sous-al. 16(3)(k) que la SCHL doit être satisfaite et il n'y est nullement question d'ingérence dans le droit provincial des sociétés:

16. ...

(3) Un prêt peut être effectué en vertu du présent article seulement à une compagnie de logement à dividendes limités qui a passé un contrat avec la Société aux conditions énoncées au paragraphe (4), pour construire un projet d'habitations à bas loyer ou pour transformer des immeubles existants en un projet d'habitations à bas loyer:

k) si la Société est satisfaite des pouvoirs conférés à la compagnie et des activités ou opérations permises par sa charte ou tout autre acte constitutif.

The conclusion that the second mortgages are not *ultra vires* is strengthened by considering the purpose of the *ultra vires* doctrine. Gower, *Gower's Principles of Modern Company Law* (4th ed. 1979), at p. 161, describes the *ultra vires* doctrine as follows:

Its purpose was two-fold. First to protect investors in the company so that they might know the objects for which their money was to be employed; and secondly to protect creditors of the company by ensuring that its funds, to which alone they could look for payment in the case of a limited company, were not dissipated in unauthorized activities.

The application of the *ultra vires* doctrine to invalidate the second mortgages would not further this purpose. CMHC is a creditor of Town House and Wellington and thus is entitled to use the *ultra vires* doctrine to protect its loan from unauthorized use. However, CMHC's complaint is not that its loan is endangered but rather that it simply does not want Town House and Wellington to make the second mortgages. Thus CMHC is not seeking to use the *ultra vires* doctrine for the purpose of protecting its position as a creditor, but rather is seeking to use it to maintain control over Town House and Wellington. This is an improper use of the *ultra vires* doctrine. The *ultra vires* doctrine is not designed to give creditors the power to control their debtors, even where such control is to be exercised for a beneficial public purpose.

As a result, I conclude that neither the 1988 sale agreements nor the second mortgages were *ultra vires* the corporate powers of Town House and Wellington.

4. Prepayment of Mortgages

The appellant seeks deletion of the declaration contained in para. 6 of the chamber judge's formal judgment relating to each of Town House and Wellington and confirmed by the Court of Appeal. The declaration entitles 1988 purchasers to pay off the first mortgages and redeem. The Court of Appeal found that the provisions of the agreements which

La conclusion que les hypothèques de second rang ne constituent pas un excès de pouvoir se trouve renforcée par l'examen de l'objet de la théorie de l'excès de pouvoir. Gower, dans *Gower's Principles of Modern Company Law* (4^e éd. 1979), à la p. 161, décrit ainsi cette théorie:

[TRADUCTION] Son objet était double. Elle visait premièrement à protéger les investisseurs d'une société en leur permettant de connaître les objets à la réalisation desquels devait être affecté leur argent et, deuxièmement, à protéger les créanciers de cette société en garantissant que les fonds de celle-ci, qui constituent leur seule source de remboursement dans le cas d'une société à responsabilité limitée, ne soient pas dissipés dans des activités non autorisées.

L'application de la théorie de l'excès de pouvoir pour invalider les hypothèques de second rang ne permettrait pas d'atteindre ce but. La SCHL est créancière de Town House et de Wellington et a donc le droit d'invoquer la théorie de l'excès de pouvoir afin d'empêcher que les fonds qu'elle a prêtés servent à des fins non autorisées. Cependant, la SCHL ne se plaint pas que son prêt est en péril, mais elle dit simplement qu'elle ne veut pas que Town House et Wellington consentent les hypothèques de second rang. Elle ne cherche donc pas à recourir à la théorie de l'excès de pouvoir pour se protéger en sa qualité de créancière; au contraire, elle veut l'invoquer pour garder le contrôle sur Town House et Wellington. Il s'agit là d'un usage illégitime de cette théorie. Celle-ci n'a pas été conçue pour investir les créanciers du pouvoir de contrôler leurs débiteurs, fût-ce dans un but avantageux pour le public.

Par conséquent, je conclus que ni les contrats de vente de 1988 ni les hypothèques de second rang n'excédaient les pouvoirs des sociétés Town House et Wellington.

4. Le remboursement anticipé des hypothèques

L'appelante demande la suppression de la déclaration figurant au par. 6 du jugement formel du juge en chambre qui vise Town House et Wellington respectivement et qui a été confirmé par la Cour d'appel. Cette déclaration reconnaît aux acquéreurs de 1988 le droit de purger les hypothèques de premier rang et de les racheter. La Cour

prohibited sale or other disposition were unenforceable because they were not restrictive covenants running with the land. The Court of Appeal also appears to have concluded that therefore they could not be conditions in restraint of alienation in that they created *in personam* rights only and not rights *in rem*. The Court of Appeal declined to decide whether the provisions were a clog on the equity of redemption because in view of the finding that these provisions were not restrictive covenants, the issue was academic. The respondents seek to have the provisions declared void presumably to ensure that the right to redeem is not affected.

In my opinion, having characterized these provisions as *in personam* rights, the Court of Appeal could not affirm the declaration entitling the 1988 purchasers to redeem unless it also concluded that breach of these covenants did not create a default under the mortgages that disentitled these respondents to prepay the amount owing. Whether or not a breach of these covenants had this effect depends largely on the interpretation of any pre-payment provision contained in the mortgage. This is a matter not addressed by the Court of Appeal. I propose to first consider whether the Court of Appeal was right in concluding that the impugned provisions created *in personam* rights and then whether enforcement of *in personam* rights precludes prepayment and consequent redemption of the mortgages. Finally I will consider whether, if redemption is precluded by reason of the enforcement of the *in personam* rights, this constitutes a clog on the equity of redemption.

To the extent that the policy against restraints on alienation applies to contractual provisions that are not annexed to the land so as to run with the land, it does not render such provisions unenforceable for all purposes. Contractual provisions are simply

d'appel a statué que les clauses des accords qui interdisaient la vente ou toute autre forme d'aliénation étaient inexécutoires parce qu'il ne s'agissait pas de clauses restrictives rattachées au bien-fonds. La Cour d'appel semble également avoir conclu qu'il ne pouvait donc s'agir de conditions restrictives d'aliénation du fait qu'elles créaient des droits personnels seulement et non pas des droits réels. La Cour d'appel a refusé de décider si les clauses en question représentaient une entrave à l'exercice du droit de rachat parce que, vu la conclusion qu'il ne s'agissait pas de clauses restrictives, la question ne revêtait qu'un intérêt théorique. Les intimés demandent que lesdites clauses soient déclarées nulles afin vraisemblablement d'assurer qu'aucune atteinte ne soit portée au droit de rachat.

À mon avis, après avoir qualifié de personnels les droits conférés par les clauses en question, la Cour d'appel ne pouvait confirmer la déclaration accordant aux acquéreurs de 1988 le droit de rachat, à moins de conclure également que la violation de ces clauses ne créait pas un manquement aux conditions des hypothèques, qui faisait perdre aux intimés le droit d'effectuer le remboursement anticipé de la somme due. La question de savoir si une violation de ces clauses avait cet effet dépend dans une large mesure de l'interprétation de toute clause de remboursement anticipé contenue dans l'acte d'hypothèque. Voilà un point sur lequel la Cour d'appel ne s'est pas penchée. Je compte examiner d'abord si la Cour d'appel a eu raison de conclure que les clauses attaquées créaient des droits personnels, et ensuite, si l'exercice de ces droits empêche le remboursement anticipé et l'extinction des hypothèques qui en résulterait. Je me pencherai enfin sur la question de savoir si, dans l'hypothèse où l'extinction serait exclue en raison de l'exercice des droits personnels, cette exclusion constitue une entrave à l'exercice du droit de rachat.

Dans la mesure où la politique interdisant les restrictions de l'aliénation s'applique à des dispositions contractuelles qui ne se rattachent pas au bien-fonds de manière à le grever, elle ne rend pas ces dispositions inexécutoires à quelque fin que ce

ineffective to prevent the owner of land from conveying a good title to a purchaser but other *in personam* remedies remain available. I agree with the Court of Appeal that the Crown is not immune from the rule against restraints on alienation and therefore is in the same position as other parties in this regard. Accordingly, it has been held that breach of such an agreement can constitute an event of default under a mortgage which entitles the mortgagee to accelerate payment at his option. In *Canada Permanent Trust Co. v. King's Bridge Apartments Ltd.* (1984), 8 D.L.R. (4th) 152, the Newfoundland Court of Appeal held that a covenant not to alienate could not restrict the mortgagor's right to sell or otherwise dispose of the property but "none the less a proviso permitting an acceleration of the repayment of the principal sum and other moneys payable under the indenture of mortgage is valid and is enforceable at the option of the mortgagee" (p. 155). Similarly, in *Re Valley Vu*, *supra*, a mortgagor who sold contrary to such a covenant was denied an order permitting prepayment of the mortgage and a discharge. In *Paul v. Paul* (1921), 50 O.L.R. 211, the Ontario Court of Appeal held that a provision in a conveyance of land which prohibited sale or mortgage without consent did not render a sale without consent void but that an action for damages lay for breach of the covenant. See also *Re Bahnsen and Hazelwood* (1960), 23 D.L.R. (2d) 76 (Ont. C.A.). In my opinion, the principle applied in these cases strikes the proper balance between two conflicting policies. On the one hand there is a policy against restraints on alienation which permits real property to circulate freely in commerce and preserves the right of the owner to dispose of it and on the other the law favours that bargains be kept and not breached with impunity. Accordingly, notwithstanding that the impugned provisions are not enforceable to prevent the transfer of a good title to the purchasers, non-compliance with their terms constitutes a breach of the agreement for the purpose of triggering other remedies which the mortgagee has under the mortgage. Clause 12 of the operating agreements, which is headed "Default" and which is incorporated into the mortgages, provides for the acceleration of the loan and increase of interest payments "in the event of the Borrower . . . other-

soit. Les dispositions d'un contrat n'ont tout simplement pas pour effet d'empêcher le propriétaire d'un bien-fonds de transmettre un titre de propriété valable à un acheteur, mais d'autres recours personnels demeurent possibles. Je conviens avec la Cour d'appel que la Couronne n'est pas à l'abri de la règle interdisant les restrictions de l'aliénation et que sa situation à cet égard est donc identique à celle des autres parties. C'est pourquoi il a été décidé que la violation d'un tel accord peut constituer un manquement aux conditions d'une hypothèque, qui confère au créancier hypothécaire le droit d'exiger, à son choix, le remboursement anticipé. Dans l'affaire *Canada Permanent Trust Co. c. King's Bridge Apartments Ltd.* (1984), 8 D.L.R. (4th) 152, la Cour d'appel de Terre-Neuve a statué qu'un engagement de non-aliénation ne pouvait pas restreindre le droit du débiteur hypothécaire de vendre ou d'aliéner autrement le bien en question, mais que [TRADUCTION] «néanmoins une condition autorisant le remboursement anticipé du capital et de toute autre somme payable en vertu de l'acte d'hypothèque est valide et est exécutoire au choix du créancier hypothécaire» (p. 155). De même, dans l'affaire *Re Valley Vu*, précitée, un débiteur hypothécaire qui avait vendu un bien contrairement à un tel engagement s'est vu refuser une ordonnance qui aurait permis le remboursement anticipé de l'hypothèque et l'extinction de celle-ci. Dans l'arrêt *Paul c. Paul* (1921), 50 O.L.R. 211, la Cour d'appel de l'Ontario a statué qu'une disposition contenue dans un acte de cession d'un bien-fonds, qui interdisait la vente du bien ou la constitution d'une hypothèque sans consentement, n'entraînait pas la nullité d'une vente effectuée sans consentement, mais qu'il y avait en pareil cas lieu à une action en dommages-intérêts pour violation de l'engagement en question. Voir aussi la décision *Re Bahnsen and Hazelwood* (1960), 23 D.L.R. (2d) 76 (C.A. Ont.). Selon moi, le principe appliqué dans ces affaires établit un juste équilibre entre deux politiques opposées, soit d'une part celle qui interdit les restrictions de l'aliénation et qui permet ainsi le libre échange des biens immeubles sur le marché et qui maintient le droit des propriétaires de les aliéner, et d'autre part, celle qui traduit la préférence juridique pour le respect des accords, lesquels ne doivent pas pouvoir

wise committing a breach of this agreement ...". This is a remedy that is available to the appellant by reason of the breach occasioned by the dispositions made in 1988 and 1989. I will now consider whether this constitutes an act of default for the purpose of the prepayment provisions.

At the outset, I note that the Wellington mortgage does not provide for any right of prepayment. The mortgage by its terms can only be repaid by payments that span the loan period of 40 years. The respondents submit, however, that the court has a discretion to allow prepayment in the absence of a prepayment clause, citing *Garnet Lane Developments Ltd. v. Webster* (1986), 43 R.P.R. 138 (Ont. Div. Ct.). This case does not decide that the court has a discretion to allow prepayment absent a prepayment clause in the mortgage. In any event, if the court has such a discretion I would not exercise it in favour of this respondent in the circumstances of this case.

The Town House prepayment clause applies only when the mortgagor is not in default. In selling the properties the mortgagor has committed an act of default under clause 12 of the agreement which is also part of the mortgage. The mortgagor is, therefore, in default under the mortgage. Does that preclude the 1988 purchasers from availing themselves of the provisions of this mortgage? In order to prepay, these purchasers, while not bound by the agreements, must comply with the precondi-

être violés impunément. Par conséquent, bien que les dispositions attaquées ne puissent s'appliquer de manière à empêcher le transfert d'un titre de propriété valable aux acquéreurs, leur non-respect constitue une violation de l'accord aux fins de l'exercice d'autres recours dont dispose le créancier hypothécaire en vertu de l'hypothèque. La clause 12 des accords d'exploitation, qui porte le titre «Inexécution» et qui a été incorporée dans les actes d'hypothèque, prévoit le remboursement anticipé du capital et l'augmentation du taux d'intérêt «si l'emprunteur [...] commet quelque autre violation du présent accord». Il s'agit d'un recours dont peut se prévaloir l'appelante en raison de la violation que représentent les aliénations effectuées en 1988 et en 1989. Je vais donc maintenant examiner si cela constitue un manquement aux fins des dispositions relatives au remboursement anticipé.

D'entrée de jeu, je fais remarquer que l'hypothèque de Wellington ne prévoit aucun droit de remboursement anticipé. De par son texte, l'hypothèque ne peut se rembourser qu'au moyen des paiements étalés sur les 40 ans de la durée du prêt. Citant la décision *Garnet Lane Developments Ltd. c. Webster* (1986), 43 R.P.R. 138 (C. div. Ont.), les intimés font toutefois valoir que la cour avait ce pouvoir discrétionnaire de permettre le remboursement anticipé en l'absence d'une clause de remboursement anticipé. Or, cette décision n'établit pas que la cour a ce pouvoir discrétionnaire lorsque l'acte d'hypothèque ne contient pas une telle clause. Quoi qu'il en soit, si la cour avait ce pouvoir discrétionnaire, je ne l'exercerais pas en faveur de la présente intimée dans les circonstances de la présente affaire.

Dans le cas de Town House, la clause de remboursement anticipé ne s'applique que si la débitrice hypothécaire n'est pas en défaut. En vendant les propriétés en cause, la débitrice hypothécaire s'est mise en défaut de la manière prévue à la clause 12 de l'accord, qui fait également partie de l'acte d'hypothèque. Il s'ensuit donc que la débitrice hypothécaire a manqué aux conditions de l'hypothèque. Mais, cela empêche-t-il les acquéreurs de 1988 de se prévaloir des dispositions de

tions for prepayment. One of the preconditions is that the mortgage is not in default. Notwithstanding that the default is not that of the purchasers, this precondition disentitles anyone who seeks to repay the mortgage while the default continues. I would, therefore, set aside the declaration relating to prepayment unless the argument succeeds that in the circumstances the agreement constitutes a clog on the equity of redemption.

The foundation for the argument that the operation of the agreements constitutes a clog on the equity of redemption is that notwithstanding the payment of the mortgage debt the equity cannot be redeemed by reason of an impediment imposed by the terms of the mortgage instrument. The contractual postponement of the right to redeem by virtue of the fact that the mortgagor is given a long period within which to pay and the absence of a prepayment clause cannot be characterized as a clog on the equity of redemption. In *Knightsbridge Estates Trust, Ltd. v. Byrne*, [1938] 4 All E.R. 618, the English Court of Appeal held that the postponement of redemption for 40 years by reason of contractual provisions in the mortgage which provided for the principal to be repayable by instalments over that period with no right of prepayment or redemption before that time did not constitute a clog on the equity of redemption. Since I have found that there is no right of prepayment here by virtue of the terms of the mortgage, the mortgage is repayable at the end of the loan period of 40 years. This postponement of the right to redeem does not, however, create a clog on the equity of redemption.

5. Costs

While CMHC has been unsuccessful except with respect to the right of prepayment, the other

cet acte d'hypothèque? Pour pouvoir effectuer le remboursement anticipé, ces acquéreurs, bien que non liés par les accords, doivent se conformer aux conditions préalables du remboursement anticipé, dont l'une est qu'il n'y ait pas de manquement aux conditions de l'hypothèque. Quoique ce ne soit pas les acquéreurs qui ont commis un manquement, cette condition préalable vient empêcher le remboursement de l'hypothèque par qui que ce soit tant que dure ce manquement. En conséquence, je suis d'avis d'annuler la déclaration relative au remboursement anticipé, à moins que ne soit retenu l'argument voulant que, dans les circonstances, l'accord constitue une entrave à l'exercice du droit de rachat.

L'argument selon lequel l'application des accords constitue une entrave à l'exercice du droit de rachat a pour fondement que, nonobstant l'acquiescement de la dette hypothécaire, le droit de rachat ne peut être exercé en raison d'un empêchement résultant des conditions de l'acte d'hypothèque. On ne saurait qualifier d'entraves à l'exercice du droit de rachat le report, par stipulation contractuelle, de l'exercice du droit de purge du fait que le débiteur hypothécaire se voit accorder une longue échéance de paiement, et l'absence d'une clause de remboursement anticipé. Dans l'affaire *Knightsbridge Estates Trust, Ltd. v. Byrne*, [1938] 4 All E.R. 618, la Cour d'appel d'Angleterre a statué que le report de la purge de l'hypothèque pendant 40 ans en raison de dispositions contractuelles de l'hypothèque qui prévoyaient le remboursement du capital par versements échelonnés sur cette période, sans droit de remboursement anticipé ou de purge de l'hypothèque avant l'échéance fixée, ne constituait pas une entrave à l'exercice du droit de rachat. Vu ma conclusion que les conditions mêmes de l'hypothèque ne prévoient pas de droit de remboursement anticipé en l'espèce, l'hypothèque est remboursable à la fin de la durée de 40 ans du prêt. Ce report de l'exercice du droit de purger l'hypothèque ne crée toutefois pas d'entrave à l'exercice du droit de rachat.

5. Les dépens

Bien que la SCHL ait été déboutée sauf en ce qui concerne le droit de remboursement anticipé,

parties are able to defeat an operating agreement of which they had notice. In those circumstances there will be no order as to costs in this Court.

We were asked to vary the order below on costs.

The guarantors argue that, having decided against CMHC on the merits, the Court of Appeal could not interfere with the chambers judge's order because of the provisions of Rule 505(3) of the *Alberta Rules of Court*, which require leave to appeal a costs order. There are two plausible interpretations of this rule. It could be interpreted to mean that leave is required if the appellant intends to contest the order as to costs as a separate issue regardless of whether the judgment appealed from is set aside on other grounds. Or it can be interpreted to mean that leave is only required when only the order as to costs is appealed. There does not appear to be a settled practice in this regard in Alberta. See Stevenson and Côté, *Civil Procedure Guide* (1989), at pp. 986-90. Apparently, the Court of Appeal accepted the latter interpretation. In my opinion, it is the preferable interpretation and the costs were properly before the Court of Appeal when the orders as a whole were appealed.

In my opinion, the Court of Appeal made no reversible error in the disposition it made which resulted in the mortgagors bearing the brunt of the costs. The mortgagors and their purchasers seek to turn the property to commercial account freed of the restrictions of the operating agreement. The guarantors cannot be in a better position. The new owners also knew the state of the title and may properly be visited with costs subject to any contractual right over they may have against their vendors, the original mortgagors. Accordingly, I

les autres parties sont en mesure de faire échec à un accord d'exploitation dont elles ont été avisées. Dans ces circonstances, il n'y aura pas d'adjudication des dépens en notre Cour.

On nous a demandé de modifier l'ordonnance de la Cour d'appel relative aux dépens.

Les garants soutiennent qu'après avoir statué contre la SCHL sur le fond, la Cour d'appel ne pouvait modifier l'ordonnance du juge en chambre à cause du par. 505(3) des *Alberta Rules of Court*, qui exige qu'on obtienne l'autorisation d'en appeler d'une ordonnance relative aux dépens. Il existe deux interprétations plausibles de cette règle. D'une part, elle pourrait s'interpréter comme signifiant que l'autorisation s'impose si l'appellant entend contester l'ordonnance relative aux dépens à titre de question distincte, peu importe que le jugement faisant l'objet de l'appel soit infirmé pour d'autres motifs. D'autre part, elle pourrait être interprétée comme signifiant que l'autorisation n'est requise que dans les cas où seule l'ordonnance relative aux dépens fait l'objet d'un appel. Il ne paraît y avoir en Alberta aucune pratique établie à cet égard. Voir Stevenson et Côté, *Civil Procedure Guide* (1989), aux pp. 986 à 990. La Cour d'appel semble avoir retenu la seconde interprétation. À mon avis, c'est l'interprétation préférable et la Cour d'appel était légitimement saisie de la question des dépens dans le cadre de l'appel portant sur l'ensemble des ordonnances.

J'estime que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur justifiant une annulation en rendant un arrêt qui a fait assumer aux débitrices hypothécaires le gros des dépens. Les débitrices hypothécaires et les personnes qui leur ont acheté les biens-fonds cherchent à tirer de ceux-ci un avantage commercial sans être assujetties aux restrictions de l'accord d'exploitation. Les garants ne sauraient se trouver en meilleure posture. Les nouvelles propriétaires savaient aussi ce qu'il en était du titre de propriété et elles peuvent en conséquence être légitimement condamnées aux dépens sous réserve de tout droit contractuel qu'elles pourraient faire valoir contre les venderesses, soit les débitrices hypothécaires initiales. Par conséquent, je suis d'avis de ne pas toucher à l'ordon-

would not disturb the Court of Appeal's order as to costs.

Disposition

The appeal is allowed in part. The orders made by Veit J. dated December 13, 1989 are varied by deleting from each para. 6 thereof. In other respects the appeal is dismissed. The constitutional question does not arise. There will be no order as to costs in this Court.

Appeal allowed in part.

Solicitors for the appellant: Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton.

Solicitors for the respondent Hongkong Bank of Canada: Parlee McLaws, Edmonton.

Solicitors for the respondents 375069 Alberta Ltd., 386360 Alberta Ltd. and 376491 Alberta Ltd.: Bryan & Company, Edmonton.

Solicitors for the respondents Town House Development Ltd., Wellington Housing Developments Ltd. and Wheeler Holdings Ltd.: Cook, Duke, Cox, Edmonton.

Solicitors for the respondents Kate Wheeler, Pamela K. Wheeler, George L. Wheeler, Lois Anderson and Patricia May Kirk: Weir Bowen, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

nance qu'a rendue la Cour d'appel relativement aux dépens.

Dispositif

Le pourvoi est accueilli en partie. Chacune des ordonnances en date du 13 décembre 1989 rendues par le juge Veit est modifiée par la suppression du par. 6. À tous autres égards, le pourvoi est rejeté. La question constitutionnelle ne se pose pas. Il n'y aura pas d'adjudication des dépens en notre Cour.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureurs de l'appelante: Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton.

Procureurs de l'intimée la Banque Hongkong du Canada: Parlee McLaws, Edmonton.

Procureurs des intimées 375069 Alberta Ltd., 386360 Alberta Ltd. et 376491 Alberta Ltd.: Bryan & Company, Edmonton.

Procureurs des intimées Town House Development Ltd., Wellington Housing Developments Ltd. et Wheeler Holdings Ltd.: Cook, Duke, Cox, Edmonton.

Procureurs des intimés Kate Wheeler, Pamela K. Wheeler, George L. Wheeler, Lois Anderson et Patricia May Kirk: Weir Bowen, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.